المدخل
لدراسة القانون
في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء

دكتـــور

محمـــد حســـام محمـــود لطفي

دكتوراه الدولة في القانون الخاص من جامعة باريس
جائزة الدولة التشجيعية في القانون المدني
أستاذ ورئيس قسم القانون المدني
بكلية الحقوق – جامعة القاهرة
(بني سويف)
محام لدى محكمة النقض

نظريــــة القانـــــون

الطبعة الخامسة مزيدة ومنقحة

القاهــــرة

عـــام ٢٠٠٣



بسم الله الرحمن الرحيم

"وما كان ربك ليهلك القرى بظلم وأهلها مُصلحُون"

©{ ∧∨⟨∩ ∑⟨⟨∩ ⇒∉∏

سورة هود . آية رقم ١٧٧

"الناس متسامحون ما دمت تقصر علمك على نفسك، أما إذا علمتهم إياه، وكان مخالفًا لما درجوا عليه من علم فإنهم لا يدخرون وسعًا في المقاومة والمعارضة"

د. زكي نجيب محمود (•)

((•) مقدمة كتاب محاورات أفلاطون: أوطيفرون. الدفاع. أقريطون. فيدون ، لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة عام ١٩٦٦ ص ١١ حيث يشير سيادته إلى هذه العبارة الواردة في المتن تعليقا على قول سقراط : أن الاثنين لا يحفلون بالرجل إذا ظُنت فيه الحكمة، أما إذا أخذ يبث في الناس حكمته فإنهم عندئذ ينتحلون سببا لغضبهم عليه، ويضيف د. زكي نجيب محمود "لعل هذه العبارة صادقة في كل قوم وفي كل بلد".



مقدمة الطبعة الخامسة

يسعدني أن أقدم إلى المشتغلين بالقانون ولطلاب العلم في كليات الحقوق في هذه الطبعة الجديدة من نظرية القانون التي تكون مع "نظرية الحق" المدخل لدراسة القانون.

وكعادتي ضمنت هذه الطبعة من كتابي نظرية القانون، إضافات ليست باليسيرة، باعتبار أن إصدار طبعة جديدة من أي مؤلف يجب أن يتم في ضوء ما استجد في التشريع والفقه والقضاء خلال الفترة الفاصلة بين الطبعتين. وهذا هو ما وفقني الله تعالى إليه عند إصدار الطبعات السابقة من نظرات القانون، فقد راجعت هذا الكتاب مراجعة دقيقة ــ بقدر الطاقة ــ وأضفت إليه كل ما وصلت إليه من جديد في هذا الشأن.

وعلى الرغم مما استغرقه هذا العمل من وقت وجهد فقط كانت سعادتي الكبرى في مطالعة هذه الطبعة الجديدة بعد ما لحقها من تحديث وتنقيح أطمع في أن يفيد الطالب والباحث في بحثهما الدؤوب عن المعرفة القانونية، وهو بحث مشروع الغاية ونبيل الهدف.

وكل ما أرجوه أن يتلقى أساتذتي وزملائي وطلابي هذا الكتاب بقبول حسن وألا يتوانى أي منهم في أن يمدني بملاحظاته حتى أكفل لكتابي هذا شبابًا علميًا مستمرا يضمن له تواجدًا ــ أرجوه دائمًا ــ في المكتبة العربية الذاخرة بكتب الرواد العظام والمعاصرين المجتهدين.

والله من وراء القصد ،،

حسام لطفي

المقطم في أول نوفمبر سنة ٢٠٠٢

مقدمة الطبعة الأولى

يعــد القانون علماً هامـــاً ونافعاً لكل أفراد المجتمع على السواء، فهو العلــم الذي يحدد النطاق المشروع لتصرفات الأفراد وعلاقاتهم داخل مجتمع منظم. فــإذا كان الإنسان قد أختار الانخراط في مجتمع تتشابك فيه مصالح أقرانه وتتعــارض، فإن الثمن المقابل هو امتثاله لأحكـــام القانون، ومن هنا قال الرومان إن القانون والمجتمع قرينـــان لا ينفصلان [Ubi societas, ibijus] [1]،وليس أمام الإنسان بديل آخر غير حياة الهمجية والفوضى إذا قرر يوماً إغفال احترام القانون[2]. فالإنســـان المنعزل الذي يعيش وحده بعيداً عن الجميع معتمداً على نفسه وحدها في تصريف أمور حياته ليس موجوداً في الواقع في غير كتب الخيال[3]. فمن منا يســتطيع أن ينتبذ مكاناً قصياً يعيش فيه بنفسه ولنفسه وحدها ؟

ومن هنا ظهرت أهمية التربية القانونية للفرد[4] حتى يستطيع أن يعرف ما له وما عليه دون إضرار أو ظلم بغيره.

مع ذلك تظل أمامنا جميعا عقبة هامة وهي افتقار الأفراد عامة وطلاب العلــم خاصة لهذه التربية القانونية. فيتخرج الطالب في المرحلة الثانوية دون أن تتاح له الفرصة لفهم معنى القانون أو معرفة أحكامه، ويظل الطالب على هذا الجهل ما لم يجد إلى كلية الحقوق سبيلاً. وبدخوله الكلية يبدأ في سماع لغة غريبة على أذنيــه غرابتها على عقله، فيبدأ لأول مرة في حياته في تعلم القانون. ويكتشف أثناء ذلك أن القانون ليس إلا قواعد اجتماعية تنظم السلوك داخل المجتمع وتفرض عقوبـــة على من يخالف أحكامها. ويدرك الطالب لأول مرة أيضا أن تمثال المرأة معصوبة العينين الذي يرمز به للعدالة لدى الإغريق (THÉMIS) ليس مقصوداً بـــه ســـوى

---

(١) الترجمة الحرفية لهذه العبارة هي كلما وجد مجتمع وجد قانون .

(٢) عبر عن ذلك أستاذنا الدكتور جميل الشرقاوي بقوله "إن القانون في الجماعة كالدم في الجسم الحـــي، يسري فيها مصدراً للحياة، فهو لازم لوجودها، ولازم لاستمراريتها، وبغيره لا وجود لها ولا حيـــاة" دروس في أصول القانون، (المدخل لدراسة القانون)، دار النهضة العربية (الطبعة الثانيـــة). ١٩٨٤، ص.٣ وانظر في نفس المعني الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة القـــانون، جــــ١، مطبوعات جامعة الكويت عام ١٩٧٢ رقم ٥١ ص ٨٢ وما بعدها، والدكتور الطيب الفصايلي، المدخل لدراسة القانون، المغرب/الطبعة الثالثة /عام ١٤١٨ ــ ١٩٩٨ ، ص ٩.

(٣) نقصد بذلك شخصية حي بن يقظان لابن طفيل وروبنسون كروزو لدانييل ريفو: انظر في تأييد ذلـــك الأستاذ الدكتور محمد لبيب شنب، مبادئ القانون المدخل للدراسات القانونية والنظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر (بيروت – لبنان)، عام ١٩٧٠، ص٧ وهذا ما يعبر عنه الرومان بقولهم [UNUS HOMO, NULLUS HOMO] أي أن الإنسان المنعزل لا وجود له .

(٤) الأستاذ فلاديمير فيريبيلوف، النظام القضائي في الاتحاد السوفيتي، دار التقدم / موسكو، ١٩٨٧، ص٥.

حماية حقوق الأفراد ومصالحهم، فلا تبصر العدالة وجـوه الأطـراف وصـفاتهم الوظيفية أو مكانتهم الاجتماعية بل تطبق حكم القانون الذي يعهد إليها بتطبيقه دون تمييز، فهي إذن عدالة مبصرة عالمة بمضمون النزاع ومحيطة بظروفه وملابساته، وهي معصوبة العينين حتى لا ترى وجوه أطرافه أو تطلع إلى مراكزهم ووظائفهم كرمز للحيدة (Impartialité) [٥].

ويصل الطالب في النهاية إلى معرفة أن سيادة القانون في أية دولة تقاس بمدى سيطرة الدولة على عملية ضبط انتهاكات القانون وتوقيع الجزاء علـى الفـاعلين، وكلما زادت سيطرة الدولة على ذلك كلما زاد الوعي العام لدى الناس مما يعكـس رقياً حضارياً واجتماعياً متميزاً[٦].

وقد يبدو للوهلة الأولى أن هذه الموضوعات جافة وغير عملية ولكـن هـذا التصور لن يلبث حتى يزول بمجرد أن يطالع القارئ السطور الأولـى فـي هـذا الكتاب، فسيجد في كل كلمة منه جديداً يضاف إلى ما اختزنته ذاكرته ووعاه عقله خلال حياته.

وليس معنى ذلك أن المخاطب بهذا الكتاب هو طالب القانون وحده، فمقصـود المؤلف هو تقديم دراسة تجمع بين الإيجاز والوضوح بحيث يمكن لرجل القانون أن يرجع إليها ليتعرف على ما قد يغم عليه من أفكار القانون الأساسية في خضم الحياة اليومية، فكثيرا ما يحتاج رجل القانون إلى إنعاش ذاكرته بهذه الأفكار من آن إلـى آخر لتأسيس رأي له أرتاه صواباً أو لنبذ حل تصوره صحيحاً

وتحقيقاً لهذين الهدفين وهما مخاطبة طالب العلم ورجل القانون زودنـا هـذه الدراسة بكل ما استطعنا الوصول إليه من أحكام قضائية قديمة وحديثة حتى نضمن لهذا الكتاب ما نتمناه من صبغة نظرية وعملية.

والله من وراء القصد ،،

المقطم في أول نوفمبر سنة ١٩٨٩م

---

(5) Félix GUIRAND & Joël SCHMIDT, Mythes Mythologie: Histoire et Dictionnaire, Larousse/ Bordas 1996, PP, 852 : 853.

(٦) الأستاذ الدكتور منصور مصطفى منصور ، دروس في المدخل لدراسة العلـوم القانونيـة (مبـادئ القانون) دار النهضة العربية عام ١٩٧٢ ، رقم ٤٤ ص ٨٠ وص ٨٣ .

الباب الأول

ماهـية القــانون



تنظم القاعدة القانونية سلوك الناس في المجتمع على نحو معين شأنها في ذلك شأن قواعد الأخلاق والدين والمجاملات ولكنها تتميز بأنها مصحوبة بجزاء مادي دنيوي توقعه السلطة المختصة . ويختلف نطاق هذه القاعدة بحسب المذهب السائد هل هو المذهب الفردي الذي يقدس حرية الفرد ويجعل المجتمع خادماً لها أو هو المذهب الاشتراكي الذي يجعل مصلحة المجتمع في الصدارة ويضحي من أجلها ــ عند اللزوم ــ بحريات أفراده أو هو مذهب مختلط يأخذ من كل مذهب بقدر.

وعادة ما نميز في مجال القانون بين قواعد نسميها (قواعد القانون العام) وأخرى نطلق عليها (قواعد القانون الخاص) ونرتب على هذا التمييز أحكاماً مختلفة كما نفرق بين القواعد القانونية الآمرة والقواعد القانونية المكملة، ونجعل للأفراد حرية الخروج على أحكام الثانية دون الأولى

وتقتضي دراسة هذه الموضوعات انقسام هذا الباب إلى فصلين أولهما نبحث فيه (مفهوم القاعدة القانونية)، أما الثاني فنفرده لبيان (تقسيمات القاعدة القانونية) إلى: قواعد قانون عام وقواعد قانون خاص وقواعد آمرة وقواعد مكملة.



الفصل الأول
مفهوم القاعدة القانونية

ندرس في هذا الفصل مفهوم القاعدة القانونية مبينين تعريفها من خلال (المبحث الأول) وخصائصها من خلال (المبحث الثاني) والتفرقة بينها وبين غيرها من القواعد الاجتماعية وهي قواعد الأخلاق والدين والمجاملات وذلك من خلال (المبحث الثالث).

وبعد ذلك نبحث نطاق القاعدة القانونية في ظل المذهب الفردي والمذهب الاشتراكي مبرزين أثر هذين المذهبين في القانون المصري (المبحث الرابع).

المبحث الأول
تعريف القاعدة القانونية

درج رجال القانون على التفرقة بين معنيين للقانون أولهما هو المعنى اللغوي للكلمة وثانيهما هو المعنى الاصطلاحي:

أولا: المعنى اللغوي: القانون لغة هو مقياس كل شيء وطريقه(٧) فهو يدل على معنى النظام والترتيب والانتظام والاطراد (٨) فإذا تكرر أمر معين على وتيرة واحدة بحيث يعتبر خاضعاً لنظام ثابت (٩) قيل إنه يخضع لقانون معين، فيقال في علم الطبيعة قانون الجاذبية أو قانون الطفو وفي علم الاقتصاد قانون العرض والطلب على سبيل المثال.

مفاد ذلك أن يكون لكل شيء قانونه: فقانون الطبيعة هو القوة، وقانون الأخلاق

---

(٧) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، طبعة، سنة ١٩٨٥ الجزء الثاني، ص ٧٩٣.

(٨) الأستاذ أحمد صفوت مقدمة القانون، القاهرة ط٢، سنة ١٩٢٤ ص ٤ هاشم رقم (١) ، والأستاذ الدكتور محمد على عرفة، مبادئ العلوم القانونية، مكتبة النهضة المصرية، سنة ١٩٥٠ ص٨.

(٩) الأستاذ الدكتور سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للتقنين المدني: سلسلة الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الأول، القاهرة، الطبعة السادسة سنة ١٩٨٧(إخراج الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي) ، رقم ٧ ص ٩.

هو الخير، وقانون المنطق هو الحق، أما قانون العدالة فهو الحكم بين الناس بالقسط[١٠].

وقد كان للعرب السبق إلى استخدام كلمة القانون بـ معنى القواعد التنظيمية[١١] رغم أن كلمة قانون ليست عربية الأصل فهي لاتينية KANON وتعني القاعدة أو التنظيم[١٢] أو يونانية KANUN[١٣] وتفيد مجازاً القاعدة والقدوة والمبدأ [١٤] ويلاحظ أن اللغتين الإنجليزية [١٥] والفرنسية [١٦] تعرفان كلمة مشتقة من هذا المصطلح اللاتيني وهي كلمة CANON وتطلق على القرارات الدينية للمجامع الكنسية إبان العصر المسيحي.

---

(١٠) الأستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون. دار الكتاب العربي بمصر، الطبعة الرابعة سنة ١٩٦٥ ص ٨.

(١١) فاستعمله ابن سينا عنواناً لأحد كتبه وهو القانون في الطب ثم تحدث الغزالي في كتابه المستصفى عن الفن الأول للقوانين وأطلق بن خلدون على أحد فصول مقدمته الشهيرة الاستدلال على ما في الضمائر الخفية بالقوانين الحرفية: الأستاذ الدكتور مختار القاضي، أصول القانون، القاهرة سنة ١٩٧٣ ص١.

(١٢) (Le Petit Robert، Paris 1993 p.247) وقيل فارسية (المعجم الوسيط، سابق الإشارة إليه، ص ٧٩٣) .

(١٣) وتعني حرفياً العصا المستقيمة، والتركيز في الاصطلاح اليوناني ليس على مفهوم العصا وإنما على دلالة الاستقامة، لذا عبرت اللغات اللاتينية والجرمانية عن القانون بكلمة المستقيم فيقال Droitبالفرنسية Diritto بالإيطالية، و Derecho بالإسبانية، و Recht بالألمانية و Directus باللاتينية (وهي من rectus أي المستقيم) فيكون بذلك القانون هو الخط الذي يميز بين الاستقامة والانحراف: الأستاذ الدكتور ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، مجلة مصر المعاصرة، عدد يوليه/تموز، سنة ١٩٦٨ ص ص ٦٥٩: ٦٦٠ ويقال باللاتينية Directum ومعناها ما كان مطابقاً للقاعدة أو للقانون: الأستاذ الدكتور محمد كامل مرسي والأستاذ سيد مصطفى، أصول القوانين، القاهرة، سنة ١٩٢٣ رقم ٣١ ص ٤٣.

(١٤) الأسيوطي، المقال السابق، ص ص ٦٥٩: ٦٦٠ والأستاذ الدكتور عبد الناصر العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، القاهرة سنة١٩٧٩ رقم ١٨ ص ٦١.

(١٥) قاموس المورد د.منير البعلبكي، دار العلم للملايين بيروت سنة ٧١٩٨ ص ١٤٨.

(١٦) Le Petit Robert، op. cit، p.297 .

ولعل من الجدير بالإشارة إليه أن الفقيه توماس الأكويني[١٧] كان يرى أن ما يميز العاقل هو فرض النظام ، باعتبار أن في التنظيم صلاح كل الأمور[١٨].

خلاصة القول: أن المعنى اللغوي لكلمة قانون هو القاعدة أو القواعد التنظيمية لأمر معين[١٩].

ثانيا: المعنى الاصطلاحي: يستخدم فقهاء القانون مصطلح القانون للدلالة على معان ثلاثة وهي :

١- مجموعة القواعد العامة الملزمة المنظمة لسلوك الأفراد في بلد معين وزمن معين، فيقال القانون المصري والقانون الفرنسي والقانون الصيني.

٢- مجموعة القواعد العامة الملزمة المنظمة لسلوك الأفراد في بلد معين وزمن معين بشأن نوع معين من الروابط القانونية، فيقال القانون المدني والقانون التجاري وقانون العقوبات.

٣ - مجموعة القواعد العامة الملزمة المنظمة لسلوك الأفراد في بلد معين وزمن معين بشأن مسألة معينة، فيقال قانون الإصلاح الزراعي وقانون تنظيم الجامعات.

---

(17) Thomas d' Acquin.

(١٨) ورد في الأصل اللاتيني المترجم إلى اللغة الفرنسية :

« Le propre du sage est de mettre de l' ordre. Or , pour toutes les choses ordonnées en vue d'une fin ، c' est de cette fin que doit être tirée la règle de leur gouvernlement et de leur ordre : car c' est quand une chose est convenablement ordonnée à sa fin qu' elle est le plus parfaitement disposée ; la fin est, en effet, le bien de chaque chose .
Thomas d' Aquin : Somme Contre les Gentils I ; Livre l : Dieu :
Présentation et traduction par Cyrille Michon : GF Flammarion 1999 P. 139 (chapitre 1 Le Travail du Sage) .

(١٩) انظر في ذلك أيضا : عبد الباقي المرجع السابق، ص ٨ والأستاذ الدكتور توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية: النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، مؤسسة الثقافة الجامعية، الطبعة الثانية، سنة ١٩٨١ رقم ٣ ص ١٥ ، والدكتور على محمد بدير، المدخل لدراسة القانون، العراق سنة ١٩٧٠ ، ص ٢٢ والدكتور همام محمد محمود، مبادئ القانون، الكتاب الأول، (مجلد واحد من كتابين أولهما لهذا المؤلف والثاني للدكتور محمد حسين منصور) ، منشأة المعارف بالإسكندرية (بدون تاريخ، ص٤) والدكتور على حسين نجيدة، المدخل لدراسة القانون: نظرية القانون، دار الفكر العربي سنة ١٩٨٤ ص٧.

ويتفق الفقهاء[٢٠] بوجه عام على تعريف القانون بأنه مجموعة القواعد العامة الملزمة المنظمة لسلوك الأفراد في المجتمع.

ويمكن أن ينسب القانون إلى العائلة التشريعية التي يستمد أفكاره الأساسية منها[٢١]، فمن المعروف أن العائلات القانونية الوضعية الرئيسية هي العائلة اللاتينية والعائلة الأنجلوسكسونية أو الأنجلو أمريكية والعائلة الجرمانية.

وفي حين ينتمي القانون المصري والفرنسي إلى العائلة الأولى، ينسب القانون الإنجليزي والأمريكي إلى العائلة الثانية [٢٢]. أما العائلة الجرمانية فيمثلها كل من القانون الألماني.

---

(٢٠) انظر في تأييد ذلك على سبيل المثال: مرقس، المرجع السابق، رقم ٧ ص ٩، ومنصور، المرجع السابق، رقم ١٠ ص ص٢٣: ٢٤، والأستاذ الدكتور محمد سامي مدكور، مبادئ القانون، مطبعة الرسالة/القاهرة، سنة،١٩٦٠ ص٣، والأستاذ الدكتور حسن كيره، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف بالإسكندرية،الطبعة الخامسة سنة ١٩٧٣، رقم ٦ ص ١٩، والأستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، بيروت سنة ١٩٦٦ رقم ٥ ص ١٧، والأستاذ الدكتور أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون: نظرية القاعدة القانونية (الكتاب الأول) ، دار النهضة العربية سنة ١٩٧٤ ، رقم ٤ ص ١٦ ورقم ١٩ ص ص ٤٦: ٤٧ (وإن كان سيادته يضيف ضرورة استهداف هذه القواعد لكفالة النظام الاجتماعي) ، وفرج، المرجع السابق، رقم ٣ ص ١٥ ، وعبد الباقي ص ص ٨ : ٩ ، ونعمان محمد خليل جمعة، المدخل للعلوم القانونية، القاهرة سنة ١٩٧٧ ص ٣٤ ، والعطار، المرجع السابق، رقم ٢١ ص ٦٦ ، والأستاذ الدكتور حسام الدين كامل الإهواني، أصول القانون، القاهرة ١٩٨٨ ، رقم ١١ ص ١١، والأستاذ الدكتور نزيه محمد الصادق المهدي، المدخل لدراسة القانون، الجزء الأول: نظرية القانون: دار النهضة العربية بالقاهرة سنة ١٩٨١ (الطبعة الثالثة) ص ٧ وص١٧ ، والأستاذ الدكتور على سيد حسن، المدخل إلى سنة القانون: الكتاب الأول: نظرية القانون، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٣ ص ص ٣٣: ٣٤ والأستاذ الدكتور سمير كامل، المدخل للعلوم القانونية، الكتاب الأول: في نظرية القانون، الطبعة السادسة سنة ١٩٨٨ ص ١٤ والأستاذ الدكتور على حسين نجيده، سابق الإشارة إليه. وقرب الأستاذ الدكتور مصطفى محمد الجمال ، والأستاذ الدكتور جلال على العدوي، أصول المعاملات، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية،بدون تاريخ، ص ٩ حيث يقولان بأن " القاعدة القانونية تتمثل في نمط محدد للسلوك الاجتماعي وتكليف ملزم لوحدات المجتمع أفراداً كانوا أم جماعات بمحاذاة سلوكهم على هذا النمط". ويفصل البعض هذا التعريف فيقول إنه مجموع ما تضعه الدولة أو تفرضه من قواعد تحكم علاقات الأفراد بعضهم ببعض وتنظم استعمال القوة لضمان احترام هذه القواعد، ابتغاء المحافظة على سلامة الجماعة والسير بها في طريق التقدم: حجازي رقم ٩٥ ص ١٤٧. ويفرق سيادته بين التعرف على القانون وتعريف القانون ويرتب على ذلك إغفال عنصر الجزاء من التعريف (ص١١).

(٢١) ويطلق عليها أيضاً في الفقه مصطلح الشرائع القانونية أو الأنظمة القانونية systèmes Juridiques وإن كان المصطلح الأول أدق نشير في هذا المقال إلى المعنيين الآخرين لكلمة نظام قانوني فهو مجموع القواعد القانونية المطبقة في بلد معين فيقال النظام القانوني الفرنسي أو المصري، أو في مسألة معينة فيقال النظام القانوني للزواج: سلامة المرجع السابق رقم ٥ ص ص٢٠: ٢١.

(٢٢) يستعمل ذوو الثقافة الإنجليزية مصطلح Jurisprudence للدلالة على علم القانون وهي كلمة من شقين لاتينيين وهما Juris وتعني القانون و Prudence وتعني العلم ومعناها معاً العلم بالقانون (الأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري والأستاذ الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، القاهرة سنة ١٩٣٨، رقم ٣ هامش رقم ١ ص ص ٣:٤) أو علم القانون (صفوت، المرجع السابق، ص ٤ هامش رقم ١) .

ويعد القانون بذلك مصدرا للحق (٢٣). وكل حق يقابله التزام، ب معنى أن كل من يتمتع بمباشرة حق معين يقع على عاتق الآخرين التزاماً باحترام هذا الحق الثابت له.

ونؤكد في هذا المقام أن الدارج هو القول "دراسة الحقوق" وليس "دراسة القانون" تسمية للكل باسم الجزء، فالحق ــ كما رأينا ــ يعد جزءا من القانون يستمد منه سند وجوده. ومفاد ذلك أن كليات الحقوق تدرس الحقوق والالتزامات باعتبارهما المكونين الأساسيين للقانون.

المبحث الثاني
خصائص القاعدة القانونية

إذا قلنا أن القاعدة القانونية تتمتع بعدة خصائص تفرقها عن غيرها من القواعد القانونية التي درج الناس على تطبيقها مثل قواعد الدين وقواعد الأخلاق وقواعد المجاملات(٢٤)، فإن هذا القول لن يكون دقيقاً على إطلاقه لأن هذه القواعد

---

(٢٣) نستخدم في اللغة العربية مصطلحين للدلالة على هذين المعنيين وهما القانون والحق، أما في اللغة الفرنسية فيطلقون على الحق تسمية Droit subjectif وعلى القانون تسمية Droit objectif وإذا أرادوا الحديث عن القانون دون استخدام هذه المصطلحات يشيرون إلى القانون بكلمة Droit وإلى الحق بكلمة droit أي أن الخلاف هو في حجم الحرف الأول من نفس الكلمة. وإن كان الملاحظ في كتابات الفقهاء الفرنسيين أنهم لا يعيرون اهتماماً لهذه الملاحظة الأخيرة معتمدين على المفهوم من سياق الكلام: هذا ما لاحظه الأستاذ الدكتور خميس خضر، المدخل للدراسات القانونية، الجزء الأول: نظرية القانون، دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة الثانية سنة ١٩٨٦ ، رقم ١٧٨. وكذلك الزميل الأستاذ الدكتور جلال إبراهيم، المدخل لدراسة القانون (نظرية القانون) ، القاهرة ١٩٩٥ ــ ١٩٩٦ ، ص ١٨ هامش رقم (١) . وانظر كذلك :

MM.Jacques GHESTIN & Gilles GOUBEAUX avec le concours de Mauriel FABREMAGNAN، Traité de droit civil: Introduction Générale, LGDJ 1994, No. 3p. 3Note No.6

(٢٤) ويلاحظ أن القاعدة القانونية شأنها شأن كل هذه القواعد ليست تقريرية لما هو كائن بل تقويمية لما هو موجود [همام ص ص١٧: ١٨] وهي كذلك هدفية أي تستهدف غاية معينة: الأستاذ الدكتور شمس الدين الوكيل، الوجيز في المدخل لدراسة القانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة ١٩٦٥ ص ص ١٥: ١٦ وحجازي رقم ١٠٠ ص ١٥٣.

الأخيرة كلها تشترك مع القاعدة القانونية في خصيصتين من ثلاثة وتختلف عنها في واحدة. فتتفق معها في أنها عامة ومجردة، ومنظمة لسلوك الأفراد في المجتمع وتختلف عنها في صفة الإلزام. فالقاعدة القانونية وحدها يجعل لها المشرع جزاءً مادياً ملزماً.

وحتى يتضح المعنى المقصود نعرض للخصائص الثلاثة للقاعدة القانونية وهي: العمومية والتجريد، والتنظيم لسلوك الأفراد في المجتمع وأخيراً الإلزام [٢٥].

أولا: العمومية والتجريد: تكون القاعدة عامة [Génerale] ومجردة [Abstraite] إذا خاطبت الناس على وجه العموم بصفاتهم وليس بذواتهم. ويحتار الفقه في إعطاء تعريف متميز لكل من هاتين الخاصتين [٢٦] اللازمتين لدرء شبهة التحكم من قبل المشرع[٢٧]، وإن كان الحق هو كونهما متميزتين على النحو الآتي:

---

(٢٥) فنستبعد خاصية التحديد لأن هناك قواعد غير محددة بل إن مقتضيات الصياغة تقتضي مرونة العبارة الأستاذ الدكتور سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٨٦ ، رقم ٨ ص ٢٩، فبرغم مزايا القواعد الجامدة، إلا أن الأمل في تحقيق العمل الكامل في كل حالة خاصة، يبرر الحاجة إلى الاستعانة بالقواعد المرنة التي يمكن أن تراعي في تطبيق الظروف الواقعية الخاصة بكل حالة على حدة .(نفس المرجع رقم ١٧ ص ٥٣) .

(٢٦) فيقال أن القاعدة القانونية مجردة من حيث النشأة عامة عند التطبيق (انظر على سبيل المثال: السنهوري وأبو ستيت ص ١٥ ، وفرج رقم ٤ ص ٢٢، ومنصور رقم ١٢ ص ٢٥، والمهدي ص ٢٦، وكذلك الأستاذ الدكتور محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، الطبعة الثانية، القاهرة سنة ١٩٦٩ ، ص ١١ والأستاذ الدكتور رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الإسكندرية، الطبعة الثانية سنة ١٩٨١، ص ٧٥، وحسن ص ٤٧ وإن العمومية نتيجة لازمة لتجريد القاعدة، فمادامت مجردة فهي تعم ولا تختص أفراد منهم محددين بذواتهم (عبد الباقي ص ١٢ وحسن ص ٤٤) ، وإن العمومية هي الجانب العملي الذي يظهر للعيان عند تطبيق القاعدة القانونية (جمعة ص ٤٥) . وإن العمومية والتجريد وجهين لخصيصة واحدة (كيره رقم ٩ ص ٢٣ والأستاذ الدكتور أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة (لطلبة كلية التجارة) ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر سنة ١٩٧٤، ص ١٢ و الأستاذ الدكتور محمد على عمران، مبادئ العلوم القانونية، مكتبة عين شمس / القاهرة، سنة ١٩٨٢ ص ١١) أو صفتان تترتب أحدهما على الأخرى (نجيدة ص ١٩) أو أن كل منهما يكمل الآخر فالقاعدة عامة ومجردة بالنسبة للأشخاص والأعمال (حجازي رقم ٨٢ ص ١٣٣) وإن العمومية والتجريد لا يظهران عند التطبيق وإنما عند الإنشاء والتكوين لأن تطبيق القاعدة يكون دائماً فردياً بمعنى أنها لا يمكن أن تنطبق إلا على شخص معين بذاته (سلامة رقم ٢٢ هامش رقم(١) ص ٥١ وكامل رقم ٦ ص ١٧) . ونشير إلى أن البعض يعتبر التجريد والعمومية خاصية في القاعدة القانونية لا كما هي بل كما يجب أن تكون، فهي بالأحري شرطاً في القاعدة العادلة (حجازي رقم ٨٥ ص ١٣٨) .

(٢١) M.Jean CARBONNIER، Droit civil: introduction, Thémis / Droit privé, PUF/France 1992, No. 5 p. 24.

أ – **العمومية**: وهي عدم تعلق القاعدة القانونية بوقائع أو بأشخاص معينين بالذات. فقواعد قانون العقوبات توجه إلى كل فرد من أفراد المجتمع يسرق أو يقتل أو يرتكب غير ذلك من المحظورات ، وكثير من قواعد القانون المدني يوجه إلى كل من يريد التعاقد مع آخر. ولا يقصد بذلك أن القواعد التي تخاطب طائفة معينة من طوائف المجتمع ليست بقاعدة قانونية لأن هذه القواعد تخاطب الناس بوصفهم وليس بذواتهم. فتعد قواعد قانونية القواعد المنطبقة على أفراد الجيش والشرطة والعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام (أو قطاع الأعمال العام وفقاً للتسمية الحديثة) [٢٨] والطلاب وأساتذة الجامعات، وتخاطب هذه القواعد هؤلاء بوصفهم كذلك وليس لكونهم يدعون باسم معين أو بآخر [٢٩].

فكل من ينطبق عليه هذا الوصف يخضع لهذه القواعد، وليس في ذهن المشرع بداية أن يوجه خطابه إلى شخص معين بالذات من بينهم. وعلى هذا الأساس لا يعد قانونا وإن سمي كذلك القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٣٦ بشأن نقل رفات الزعيم سعد زغلول إلى ضريحه الحالي أو المرسوم بقانون رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٥٢ الذي نص فيه على منح "السيد العربي" قطعة من أرض الدولة[٣٠]. كذلك الحل بشأن سائر القوانين التي تصدر بمنح شخص معين بالذات[٣١] وساماً أو معاشاً استثنائيا أو امتيازاً للبحث عن البترول أو لإعلان الحداد الرسمي لوفاته نظراً لما قدمه من خدمات جليلة للوطن.

فكل هذه التشريعات تعد قوانينا من الناحية الشكلية[٣٢] وليس الموضوعية فهي

---

(٢٨) انظر لاحقاً هامش ١٥٨ ص ٤٧.

(٢٩) أي أن النص يخاطبه بوصفه يشغل وظيفة معينة وليس بذاته باعتباره يدعي فلان: السنهوري وأبوستيت رقم ١٠ ص ١٤.

(٣٠) القاضي ص١٦ هامش رقم(١) .

(٣١) انظر في اعتبار القانون الذي يصدر على شخص معين بالذات قانون " عام " لأنه يسري على عموم الناس أي أن احترامه واجب على الكافة: الأستاذ عبده حسن الزيات، المدخل لدراسة القانون، بغداد سنة ١٩٣٧، ص٣.

(٣٢) يثور التساؤل حول ما إذا كان القانون الصادر يمنح امتيازا للبحث عن البترول ويتضمن نصاً قانونياً صريحاً بمقتضاه تكون لأحكام الاتفاقية الصادر بها القانون الغلبة على أحكام أي تشريع مخالف يعد قانوناً بالمعنى الشكلي أم لا؟ والحق في رأينا أن هذا القانون يعد قانوناً مختلطاً ينطوي على شق شكلي وآخر موضوعي، فيعد الشق الخاص بمنح الامتياز قانونا بالمعنى الشكلي، أما الشق الخاص بسمو أحكام الاتفاقية الصادر بها القانون على أي تشريع مخالف فيعد قانوناً بالمعنى الموضوعي، ويترتب على ذلك أن تكون النصوص الواردة في الشق الأخير ناسخة لما يتعارض =

مجرد تطبيقات للدستور[٣٣] حيث يتعين على السلطة التشريعية أن تفصح عن إرادتها في شكل قانون. وهذا الرأي هو الذي انتهت إليه محكمة النقض المصرية بشأن قانون ربط الميزانية فقضت بأنه[٣٤].. "لا يعتبر قانونا إلا من الناحية الشكلية فحسب أما من الناحية الموضوعية فهو عمل تنفيذي إداري"[٣٥] وبررت المحكمة

= معها من نصوص آمرة في التشريعات القائمة. انظر مثلا على اتفاقية صدرت بقانون مختلط الطابع: قانون رقم ١٥ لسنة١٩٧٦ بالترخيص لوزير البترول في التعاون مع المؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة أمكو للزيوت وشركة مصر في شأن البحث واستغلاله في مناطق خليج السويس والصحراء الغربية ووادي النيل (الجريدة الرسمية، العدد ٨ مكرر في ٢٨ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٦ص ٤) وقد نص القانون على أن يعمل به اعتباراً من أول يوليه/تموز سنة ١٩٧٥، كما نص فيه على أن تكون لبعض مواد الاتفاقية وملحقها (ج) " قوة القانون وتكون نافذة بالاستثناء من أحكام أي تشريع مخالف " مع ذلك فقد حكم (محكمة الإدارية العليا، طعن رقم ٣٠٤٩ س ٣٢ ق في ٢٠ من فبراير/شباط سنة ١٩٩٠ غير منشور) بأن مفاد اعتبار القانون قانوناً من الناحية الشكلية دون الموضوعية عدم جواز مخالفة هذا العمل الإداري (قانون منح التزام لمرافق عامة) أحكام القانون وإن كانت السلطة التي تصدرهما واحدة، إذ من القواعد المقررة في القانون العام أن السلطة التي تضع قاعدة عامة لا تملك مخالفتها بأعمال فردية، وإن كانت تملك تعديلها بقاعدة عامة أخرى (انظر لاحقا رقم ٢٥٨ ص ١٥٥) فتوى الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، في ٢٦ من مايو/أيار سنة ١٩٦٢، فتوى رقم ٣٢٨، مجموعة المكتب الفني، س١٦، ١٧، ١١١ ص ص ٢٥٩: ٢٦٣ ، وهي تأييد لفتوى سابقة رقم ٣٣٠ صدرت في ٢١ من مايو/أيار سنة ١٩٢١، الموسوعة الإدارية الحديثة / الدار العربية للموسوعات ، ج١٩ رقم ١٧٢ ص ٣١٠ ، ولهذه الفتوى الفضل في الإشارة إلى أن هذا الرأي الذي أخذت به الفتوى ، محل خلاف فإذا رأت الإدارة منح الترخيص باستغلال البترول بالمخالفة للقانون فإن تقدير قيام حالة الضرورة للإدارة يتم تحت رقابة البرلمان.

(٣٣) تناغو رقم ٩٠ ص ٢٩٥ والإهواني رقم ١٥ ص ص ١٤ : ١٥.

(٣٤) نقض مدني، ٣٠ من أبريل/نيسان سنة ١٩٦٠، مجموعة المكتب الفني، س ١١ ص ٢٥٧ ومشار في هامش نفس الصفحة إلى أن هناك حكماً مطابقاً له صدر في نفس اليوم في إحدى طلبات رجال القضاء رقم ١٢٤ س ٢٤ ق. ويرى قسم الرأي بمجلس الدولة أن عقد الترخيص بالبحث عن المعادن، بأنواعها سواء أكان ذلك في أملاك الحكومة العامة أو الخاصة أو في أملاك الأفراد أو في المياه الإقليمية محظور إلا بترخيص خاص طبقاً للقانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٨ الخاص بالمناجم والمحاجر، وأنه لا يتم إلا بعد صدور قبول من الوزير المختص بالإيجاب الصادر من طالب الترخيص، وأن القانون الصادر من البرلمان متضمناً هذا الإذن وإن كان شرطاً لإبرام العقد إلا أنه غير ملزم للسلطة المختصة بالمنح فيبقي لهذه السلطة دائماً أن تترخص في تقدير ملاءمة منح الترخيص من عدمه بما لها من حق الإشراف والرقابة على حسن استغلال موارد الثروة الطبيعية في البلاد (فتوى قسم الرأي مجتمعاً، في ٢٥ يناير/كانون الثاني سنة ١٩٥٣، فتوى رقم ٢٥ مجموعة المكتب الفني، س ٦، ٧ رقم ٨١ ص ص ٢٤٠ : ٢٤١) .

(٣٥) وفي نفس المعنى يقول البعض (موسي ومصطفى رقم ١٣ ص ١٩) أنه قد يخلط في العمل بين القوانين وغيرها فيطلق على الأوامر التي تصدر بعمل قرض أو بناء سكة حديد وتنشر في الجرائد =

ذلك بمقولة "أن هذا القانون لا يتضمن قواعد عامة مجردة كتلك التـي يتضـمنها بصفة عامة كل قانون". وهذا ما أكدته المحكمة العليـا بقولهـا بضـرورة انتفـاء التخصيص وذلك بتجريد القاعدة من شبهة الاعتداد بشخص معين أو واقعة محددة بالذات[٣٦].

ويلاحظ أن القاعدة القانونية إذا خاطبت شخصاً معيناً بصفته تظـل متصـفة بالعموم[٣٧]، فتعد قوانين القواعد المخاطبة لرئيس الدولـة أو رئـيس الـوزراء أو الوزير أو رئيس محكمة النقض أو رئيس مجلـس الدولـة أو رئـيس المحكمـة الدستورية العليا. ففي كل هذه الأحوال المخاطب ليس معيناً بالذات وإن كان معينـاً بالصفة.

= الرسمية أنها قوانين، ولكن مثل هذه الأوامر ليست قوانين بل هي أوامر بالمعنى الأعم، وإن كانت صادرة من سلطة إدارية تسمي أوامر إدارية وإن كانت صادرة من السلطة التشريعية تسمي أعمـالاً تشريعية ويرى البعض أنه إذا صدر الخطاب إلى شخص معين أو بشأن واقعة معينة بالذات، فيكـون أمرا (Order) لا قاعدة (Règle) ، ويضيف أن الأمر يختلف عن القاعدة فـي أن الأول يقتصـر تطبيقه على الشخص المعين أو الواقعة التي صدر بشأنها، ويستنفذ قوته بهذا التطبيق، أما الثانية فـلا تستنفد قوتها بتطبيقها مرة أخرى أو مرات بل يتجدد العمل بها كلما توافرت شروط انطباقها (مرقس، المدخل، سابق الإشارة إليه، رقم ١٠ ص ١٣) .

وقد حكمت في نفس المعنى المحكمة الإدارية العليا (طعـن رقـم ٣٠٤٩ / ٣٢ ق فـي ٢٠ مـن فبراير/شباط سـنة ١٩٩٠) بأن منح التزام المرافق العامة هو من الأعمال الإدارية التي تقوم بهـا السلطة التشريعية كنوع من الوصاية على السلطة التنفيذية وهذه الأعمال ليست قـوانين مـن حيـث الموضوع، وإن كانت تأخذ شكل القانون لأن العرف جري على أن السلطة التشريعية تفصـح عـن إرادتها في شكل قانون : انظر في الإشارة إلى هذا الحكم والتعليق عليه الزميل الدكتور محمد كمـال منير، مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإداريـة، مجلـة العلـوم الإدارية، العدد الأول، يونيه/حزيران سنة ١٩٩١ ص ٣٢٩ وما بعدها. وانظر في التنويه بـالعرف الدستوري الخاص بإيجاب استئذان السلطة التشريعية في منح كل التزام باستغلال مورد من مـوارد الثروة الطبيعية وأن ذلك يعد من المبادئ الدستورية العامة التي يجب التقيد بها ولو لم ينص عليها في الدستور باعتبار أن هذا الاستئذان هو نوع من الرقابة البرلمانية على السلطة التنفيذية في خصـوص منح التزامات المرافق القومية الرئيسية والموارد الطبيعية الهامة : فتوى الجمعيـة العموميـة لقسـم الفتوى والتشريع في ٢٨ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٥٤، فتوى رقم ٤٤٩، مجموعة المكتـب الفني، ص ٨ والنصف الأول من السنة التاسعة، رقم ٤، ص ص ٧ : ٩ وانظر عكس ذلك في القول برد منح الالتزام بمرفق عام إلى حظيرته الأصلية أي إلى مجال اختصاص السلطة التنفيذية : فتـوى الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، فتوى رقم ٤٢٧، مجموعة المكتب الفني ٨ / النصف الأول من السنة التاسعة، رقم ٢٦٥ ص ص ٢٨٨ : ٢٨٩.

(٣٦) المحكمة العليا في ١٩ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٧٤، الدعوى رقم ٤ س ٣ ق عليا (دستورية) ، مجموعة المكتب الفني، ج ١، رقم ١٥ ص ١٤٤.

(٣٧) منصور رقم ١٢ ص٢٦ والفصايلي ص ١٧.

على العكس إذا خاطبت القاعدة شخصا معيناً بذاته كانت حكماً قضائياً أو قراراً إدارياً حسب الأحوال[٣٨].

ونؤكد في النهاية بأن كون القانون مؤقتاً من حيث مدة التطبيق لا ينـــال مـــن عموميته، وبناء على ذلك تكون قوانين إعلان حالة الطوارئ أو الأحكام العرفيـــة قوانين بال معنى الدقيق للكلمة[٣٩] لأنها لا تفتقر إلى العمومية [٤٠].

ب – التجريد : وهو خضوع الوقائع المتماثلة أو الأشخاص الموجـــودين فـــي ظروف متطابقة لنفس القواعد القانونية : فيكون بذلك التجريد مؤديا إلى المســـاواة فيطبق حكمه كلما توافرت شروط تطبيقه[٤١] والتجريد بذلك كالعمومية صفة فنيـــة تتعلق بصياغة القاعدة القانونية وصولا إلى تحقيق هذه المساواة المأمولة [٤٢].

على أي حال فإن العمومية والتجريد يختلطان في العمل[٤٣] بحيث يمكن القول بأن القاعدة عامة ومجردة كلما صدرت محددة للأشخاص والوقـــائع بالأوصـــاف والشروط[٤٤] وليس بالذوات والأسماء. وإن كان هذا كله لا يجعلنا نســـتغني عـــن صفة العموم ونكتفي بصفة التجريد[٤٥]. فكل منهما يعد وصفا لازما لأيـــة قاعـــدة قانونية، واجتماعهما يعد انتصارا للأخلاق في إطار القانون[٤٦].

---

(٣٨) البدراوي رقم ٧ ص ص ١٨ : ١٩ ، وكيره ، رقم ٩ ص ٢٥ وشنب ، رقـــم ١٦ ص ص ٢٥ : ٢٦ ، والوكيل رقم ١٣ ص ١٨ ، وبدير ص ٢٤، والشرقاوي رقم ٩ ص ٢٦، والعطار رقم ٢٣ ص ٦٩، وأبو السعود ص ص ٧٩:٨٠ ص ٢٠، وحسني ص ٤٥.

(٣٩) ويلاحظ أن للعمومية معنى أخراً يختلف عن عمومية الحكم، فعندما يقال أن القاعدة عامة قد يعنـــي ذلك أنها أصلية أي ترد عليها استثناءات : جمعة ص ٤٤.

(٤٠) انظر في التنويه بأهمية وصفي العمومية والتجريد وأهميتهما بالنسبة لقواعد القـــانون الـــعـــام المنظـــم لسلطات الدولة حيث يتعين أن تصدر تصرفات الحاكم استجابة لخطاب من قاعـــدة قانونيـــة عامة مجردة سابقة على تـــصرفات الحـــاكم وإلا كـــانت تصـــرفاته استبدادية، فيـــأمر ولا يـــأتمر وينهي ولا ينتهي : خضر رقم ١١ ص ٢٠.

(٤١) منصور رقم ٢ ص ٢٠.

(٤٢) تناغو رقم ١٢ ص ٤٢ ونجيده ص ٢١.

(٤٣) انظر سابقاً هامش رقم ٢٠ ص ١٨.

(٤٤) حسن ص ٤٤.

(٤٥) سلامة ج رقم ٢٢ هامش رقم (١) ص ٥١ ومنصور رقم ٢ ص ٢٠.

(٤٦) الوكيل رقم ١٣ ص ١٩ ، وفرج رقم ٥ ص ٢٣ وشنب رقم ١٣ ص ص ٢٢ :٢٣.

ثانيا : تنظيم سلوك الأفراد فيما بينهم داخل المجتمع(٤٧). ومفاد ذلك أن القاعدة القانونية لا تنظم العلاقة بين الإنسان والحيوان، أو بين الإنسان والشياطين أو الجان(٤٨) أو بين الإنسان وربه. فواقع الأمر أن هذه العلاقات لايهم المجتمع تنظيمها ولا يعني المشرع التدخل فيها إلا إذا تجاوزت الشخص ومست من حوله من الأفراد. فيتدخل المشرع حماية للحيوان من ظلم الإنسان وتعذيبه له ويعاقب من يدعي الاتصال بالشياطين والجن وغيرهم من المخلوقات التي لا نراها رأي العين بقصد ابتزاز أموال الناس بالباطل(٤٩) أو يمس حرية غيره في العقيدة والعبادة.

ويترتب على القول بأن المشرع يعني بتنظيم سلوك الأفراد في المجتمع أنه لا يجب أن يعني بنوايا الأفراد التي لا تخرج عن صدورهم، فعلى عكس الدين الذي يعول على النية كقاعدة عامة فإن المشرع لا ينبغي له أن يعاقب الأفراد على نواياهم إلا إذا تجسدت في شكل مادي خارجي أي في عمل أو في امتناع عن عمل.

فعقوبة القتل العمد أشد من عقوبة القتل الخطأ، وعقوبة القتل العمد مع سبق الإصرار أشد من عقوبة القتل العمد دون سبق إصرار من الجاني. كذلك يفرق المشرع بين النية الحسنة والنية السيئة في تملك المنقول والعقار بالحيازة طويلة المدة (التقادم المكسب) : فيجعل مدة حيازة الحائز حسن النية أقل من مدة حيازة الحائز سيئ النية. في هذه الأحوال يتضح أن مناط التعويل على النوايا هو وجود الفعل المادي الخارجي الدال عليها(٥٠)، بـ معنى أن النوايا المجردة يلتفت عنها القانون(٥١).

---

(٤٧) عبدالباقي ص ١١ ، وفرج رقم ٥ ص ٢٣ وشنب رقم ١٣ ص ص٢٢ : ٢٣.

(٤٨) هذه العلاقات متصورة ، فورد في القرآن الكريم "إنه كان رجال من الإنس يعوذون برجال من الجن فزادوهم رهقا" (سورة الجن الآية رقم٦) وهذا معناه أنه كان رجال من الإنس يستجيرون برجال من الجن، فزاد رجال الإنس الجن طغيانا وسفها وجرأة (المنتخب في تفسير القرآن الكريم، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، الطبعة العاشرة ، سنة ١٤٠٤ هجرية / ١٩٨٤ ميلادية ص ٨٥٩) .

(٤٩) القاضي ص ١٩.

(٥٠) تناغو رقم ٨ ص ٢٠ ، والوكيل رقم ٢١ ص ٣٠ والمهدي ص ٢١.

(٥١) السنهوري وأبو ستيت رقم ١١ ص ١٦ ، ومرسي ومصطفى رقم ١٢ ص ص١٧ : ١٨ ، والبدراوي رقم ٨ ص ٢٢ ، وسلامة رقم ١٨ ص ٤٥ ، وعبدالباقي ص ص١٣ : ١٤ ، والجمال والعدوي ص ١٣، وجمعة ص ٣٧ ، وخضر رقم ١٠ ص ١٩ ، وأبو السعود ص ٦٠ ، وكامل رقم ٧ ص ١٨ ، وهمام ص ١٨ ، وكذلك الأستاذ الدكتور عبد الودود يحيى ، المدخل لدراسة القانون ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٧٥ ، ص ص١٦ : ١٧ وعرفة ، سابق الإشارة إليه ص ٣٥.

وتنظيم سلوك الأفراد في المجتمع يكون بالفرض والحل : فيفترض المشرع فرضاً معنياً (hypothèse) ثم يعطيه حلاً (solution) [٥٢]، مثال ذلك المادة ٢/٤٤ من التقنين المدني التي تفترض فرضا وهو كل من يبلغ الحادية والعشرين من عمره وهو يكون راشدا. ويفهم من ذلك أن من لا يبلغ هذه السن يعد قاصرًا غير رشيد[٥٣].

ويلاحظ في النهاية أن المشرع الحصيف هو الذي يتبع القول المأثور "إذا أردت أن تطاع فمر بما هو مستطاع" منهاجًا له عند التشريع[٥٤] وإلا كانت مخالفة التشريع هي الأصل وكان توقيع العقاب أو الجزاء على ذلك محل سخط الجميع".

ثالثا : الإلزام أو الجزاء[٥٥] : يجب أن تكون القاعدة القانونية كقاعدة عامة، مصحوبة بأمر أو نهي يستقر في ضمير الجماعة إلزامه وضرورته لسير الحياة الاجتماعية، وإن كان يكفي أن يكون معروفا سلفاً لمن يخالفها إنه جزاء سيوقع عليه حتما[٥٦] والمقصود بذلك هو الإلزام القانوني[٥٧] وليس الأخلاقي أو الديني.

فعدم الإحسان إلى الفقير أو إغفال صلة ذوي الأرحام يعد مخالفة أخلاقية ودينية ولكنه أبداً ليس مخالفة قانونية، وما يميز الجزاء على الأخيرة هو أنه "جزاء مادي حال"[٥٨].

وهنا يظهر الخلاف بين المخالفة الأخلاقية التي يعد الجزاء عليها معنوياً وحالاً، والمخالفة الدينية التي يعد الجزاء عليها – كمبدأ عام – مادياً آجلاً.

ويلاحظ أن الجزاء كلما كان قوياً رادعاً كلما وضحت صفات القاعدة القانونية

---

(٥٢) تناغو رقم ١٣ ص ٤٣ والشرقاوي رقم ٨ ص ص١٩ : ٢٠.

(٥٣) الوكيل رقم ١٠ ص ١٥.

(٥٤) سلامة رقم ٥ ص٤٩.

(٥٥) أو الإجبار : الوكيل رقم ١٤ ص ٢٠.

(٥٦) منصور رقم ١٥ ص ٣٢ وزكي رقم ٤ ص ١٣ ويضيف البعض (جمعة ص ص ٤٥ : ٤٧) أن الإحساس بضرورة القاعدة قد يكون لحمايتها للمخاطب بها كتخصيص أماكن لعبور المشاه أو باعتياده عليها مثل اعتياد الموظف على الذهاب إلى عمله في ساعة معينة أو استجابة لدافع وطني كاحترام قواعد توزيع البنزين بالبطاقة أو بعض الأعباء المالية حال الحرب.

(٥٧) السنهوري وأبو ستيت رقم ١٢ ص ١٧ سواء أكان مقتنعاً بحكمة توقيع الجزاء أم غير مقتنع : الشرقاوي ص٢٢.

(٥٨) جمعة ص ٥٢.

وتأصل في ضمير الناس إلزامها، أما إذا كان سقيماً هزيلاً كانت القاعدة القانونيـــة موضع شك واشتباه[٥٩] والأصل أن توقع السلطة العامة الجزاء على المخالف، أما الاستثناء فهو أن يترك أمر ذلك إلى الأفراد[٦٠] كما هو الحال عند الدفاع الشـــرعي عن الحياة أو العرض أو المال واستعمال الدائن لحقه في حبس مال مدينه تحت يده حتى يستوفي مبلغ الدين المستحق له في ذمته.وفي كل الأحوال ليس لغير من عهد إليه المجتمع أن يوقع الجزاء أن يوقعه .

أيا كان الأمر، فإن المشرع النابه هو الذي يأخـــذ فـــي اعتبـــاره أن القاعـــدة القانونية وضعت لتواجه مشكلة اجتماعية، فيجب أن تتفق مع ظـــروف المجتمـــع الاقتصادية والاجتماعية والحضارية وغيرها، [٦١] فكما قيل بحق إن القانون الذي لا يمكن تنفيذه إلا عن طريق الجبر والإكراه هو قانون فاشل يحمل في طياته أســـباب فشله ومصيره الفناء. [٦٢].

ويتساءل البعض حول مكانة الجزاء في القاعدة القانونية : هل هو ركن مـــن أركان وجودها أم هو متطلب عند مخالفتها وليس عند نشوئها ؟

فيرى البعض أن الجزاء ليس ركناً في القاعدة القانونية فهو وإن كان موافقـــاً طبيعياً للقاعدة القانونية فهو ليس من خصائصها الأساسية [٦٣].

ويرى البعض الآخر أن الجزاء لازم عند مخالفة القاعدة القانونية وليس عنـــد قيامها، "فهناك جزاء لأن القاعدة ملزمة ولايجوز القول بأن القاعدة ملزمة لوجود الجزاء" [٦٤].

---

(٥٩) القاضي ص ٢٣ .

(٦٠) في بداية التاريخ كان الإنسان يقتص لنفسه بيده ثم ترك ذلك لكبير العائلة ثم لزعيم الرهط أو القبيلة أو العشيرة حتى وصلنا إلى الشكل الحالي للدولة (يحيى ص ١٨ والقاضي ص ٢٢) وهذا يدلل على أن وجود القانون حقيقة أزلية (السنهوري وأبو ستيت رقم ١٣ ص ١٨) .

(٦١) جمعة (ص ٤٦) ويضرب سيادته مثلاً على السياسة التشريعية الخاطئة ببلد يفرض أعباء شـــديدة على أرباب الأعمال مثل فرض حد أدنى للأجور وتحديد لساعات العمل وعمـــل تـــأمين اجتمـــاعي لمصلحة العامل رغم ارتفاع نسبة البطالة لديه ، وبلد يقل فيه المعروض من المساكن نتيجة لضـــعف حركة البناء فيه ويصدر المشرع عدة قواعد تخفض الأجرة تخفيضاً شديداً أو تميز المستأجر وينتهي سيادته إلى أن كل هذا يظهر أهمية مراعاة علم الاجتماع القانوني الذي يقدم للمشرع عناصر الواقـــع التي تتفاعل مع القواعد القانونية والتي تعزز الأخذ بحل دون آخر (هامش رقم (١) ص ٤٦ في نفس المرجع) .

(٦٢) البدراوي رقم ٩ ص ٢٣.

(٦٣) سلامة رقم ٢٣ ص ٥٨.

(٦٤) جمعة ص ص٥١ : ٥٢.

والحق عندنا على ما يبدو في جانب غالبية الفقهاء[٦٥] الذين يقولون بأن الجزاء ركن جوهري في القاعدة القانونية على سند من القول بأن من ينكرون على الجزاء ذلك ينكرون دوره في بناء القاعدة القانونية دون مقتض، أما من يفصلون بين وجود القاعدة القانونية وتطبيقها فيتحكمون دون مبرر، لأن الجزاء "ركن جوهري" في بناء القاعدة القانونية التي وضعت في حقيقة الأمر لتطبق. وهذا الجزاء نلحظ وجوده حتى في قواعد القانون الدستوري التي تضعها الدولة لتحترمها طواعية أو تحت ضغط الشعب وقواعد القانون الدولي العام الآخذة في النمو لتصبح قواعد ملزمة ب معنى الكلمة بعد أن انتظم المجتمع الدولي في هيئة الأمم المتحدة التي أصبحت توصيات جمعيتها العامة وقرارات مجلس أمنها ذات شأن عظيم لا سيما بعد أن بدأت الولايات المتحدة الأمريكية تمارس ضغوطها – إذا ما وجدت أن مصلحتها في ذلك – لتنفيذ قرارات مجلس الأمن بالقوة العسكرية.

وعلى هذا الأساس يعد الجزاء وسيلة تحقيق الإلزام الذي تفرضه الجماعة للقاعدة القانونية[٦٦]، وهذا الإلزام يرد في صيغة صريحة أو ضمنية، فقد يرد صراحة بعبارة "لا يجوز" أو "يجب" أو "يحظر" أو "يتعين"، كما قد يرد ضمناً فيفهم من النص كما هو الحال بالنسبة لنص المادة ١٣١ التقنين المدني الذي يجعل التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطلاً ولو كان برضاه إلا في الأحوال التي نص عليها القانون، ونص المادة ٤٦٥ من التقنين المدني الذي يجعل احتفاظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة مبطلاً لعقد البيع. فمفاد وجود جزاء البطلان هو أن هذه الأفعال منهي عنها. ونشير في هذا الشأن إلى أنه لا ينال من وجود الجزاء عدم تطبيقه لعدم إمكان إسناد المخالفة إلى شخص معلوم أو لتسامح المعتدي عليه أو لإهمال أو انحراف من يعهد إليه بتوقيع الجزاء من عمال السلطة

---

(٦٥) السنهوري وأبو ستيت ص ١٧، ومرقس رقم ١٣ ص ٢٥ و ٢٦، والشرقاوي رقم ٨ ص ٢٠ ، و٢٤ وفرج رقم ٧ ص ٢٥، ومنصور رقم ١٥ ص ٣٤ ، وعرفة ص ٣٦، وعبد الباقي ص ١٥ ، والجمال والعدوي ص ١٤ ، وكيره رقم ١٤ ص ص٣٨ : ٣٩ ، والوكيل رقم ١٥ ص ٢٢، وصفوت ص ٤٣ ، والبدراوي رقم ٩ ص ١٨ ، وزكي رقم ٤ ص ١٣ ، ويحيى ص ١٨ ، والعطار رقم ٢٨ ص ٨٠ ، وكامل رقم ١٠ ص ص٢٥ : ٢٦ ، وأبو السعود ص ١٢٣ ، وبدير ص ٢٧ ، ونجيده ص ٢٩، وحسن ص ٥١ ، وهمام ص ٢٤ ونجيده ص ص٢٥: ٢٦.

(٦٦) منصور رقم ١٥ ص ٣٣ .

العامة أو غير ذلك من الأسباب[٦٧]، أما إذا تدخل المشرع بإلغاء الجزاء فهذا يعني عودة الفعل إلى حظيرة الإباحة.

فإذا انتهينا إلى ذلك تعين علينا بحث موضوعين وهما أقسام الجزاء وصوره :

١ – أقسام الجزاء : ينقسم الجزاء القانوني إلى عدة أقسام بحسب زاوية النظر إليه: الغرض من وجوده أو إلى قوته أو إلى درجة التناسب بين الضرر الناشئ عن الإخلال بالقاعدة والجزاء المترتب على هذا الإخلال وذلك على النحو الآتي :

أ – تقسيم الجزاء من حيث الغرض من وجوده : ينقسم الجزاء من حيث الغرض من وجوده إلى جزاء ترغيبي ترهيبي وجزاء عقابي : فقد يقصد بالجزاء مجرد ترغيب الناس في إشباع قاعدة قانونية معينة وترهيبهم من مخالفتها، وقد يقصد به عقاب المخالف. ويقترب القسم الثاني من الأول في أن العقاب يقصد به تخفيف الترغيب والترهيب أيضاً، فيعاقب المشرع السارق والقاتل والسَّاب والقاذف في حق غيره، ليعد عبرة لمن يعتبر من الناس.

ب – تقسيم الجزاء من حيث قوته : يتدرج الجزاء من حيث قوته إلى أربع درجات فهناك قواعد قوية الجزاء، وقواعد عادية الجزاء وقواعد ضعيفة الجزاء وقواعد ناقصة الجزاء :[٦٨]

(١) قواعد قوية الجزاء (Lex plus quam perfecta ou plus que parfaits) : وهي القواعد القانونية المعاقب على مخالفتها بجزاء مزدوج جنائي ومدني في آن واحد، مثال ذلك القواعد المؤثمة لأفعال القتل والسرقة والنصب وخيانة الأمانة، فهذه الجرائم معاقب عليها جنائياً وتعقد مسئولية فاعلها عن تعويض المضرور.

(٢) قواعد عادية الجزاء (Lex perfecta ou simplement parfaits): وهي القواعد القانونية المعاقب على مخالفتها بجزاء كاف وهو إزالة المخالفة فحسب،

---

(٦٧) فإذا صدر القانون دون جزاء كان قانوناً ناقصاً غير ممكن التنفيذ (صفوت ص ٤٤) ويضرب البعض مثالاً على ذلك للمادة ٧ / ٨ / ٣٠ من قانون تحقيق الجنايات (الذي أصبح فيما بعد قانون الإجراءات الجنائية) التي نصت على إلزام كل من عاين وقوع جناية تخل بالأمن أو يترتب عليها تلف حياة إنسان أو ضرر لملكه أن يخبر بها الجهة المختصة ، وأن يضبط الجاني في حالة تلبسه بالجناية في الأحوال التي يجوز فيها القبض قانوناً (انظر مرسي ومصطفى رقم ١٥ ص ٢١) .

(٦٨) مرقس رقم ١٣ ص ٢٧ وكامل رقم ٩ ص ص٢١ : ٢٢ والمهدي ص ص ٣٨ : ٣٩.

والمثال التقليدي لها القاعدة القانونية التي تخول الدائن الحجز على أمـوال مدينـه وبيعها جبراً لاستيفاء قيمة دينه منها.

(٣) **قواعد ضعيفة الجـزاء** (Lex minus quam perfecta ou moins que parfaits): وهي القواعد القانونية غير المعاقب على مخالفتها بجزاء كاف أو المعاقب عليهـا بجزاء غير كاف لإزالة المخالفة التي تقع ومثال هذه القواعد القاعدة القانونية التي تُحِل المدين من الوفاء بدينه إذا مرت على الدين مدة زمنية باعتباره قد تقادم، وكل ما يبقي للدائن في ذمة مدينه مجرد التزام طبيعي بالوفاء أي غير مقتـرن بجـزاء قانوني على مخالفته. كذلك الحال بشأن دين القمار، فلا يلتزم به المـدين ولـه أن يسترده إذا كان قد دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك[٦٩] (مادة ٢/١/٣٩ من التقنين المدني المصري).

(٤) **قواعد ناقصـة الجـزاء** (Lex imperfecta ou imparfaites) [٧٠]: وهـي القواعد القانونية التي يبدو أنها بغير جزاء، وتشمل الكثير مـن قواعـد القـانون الدستوري والقانون الدولي العام.

وسنري لاحقاً أن هذه القواعد جميعاً لها جزاء ولكنه غير منظم تنظيماً شـبيهاً بتنظيم المشرع للجزاءات المترتبة على مخالفة باقي القواعد القانونية[٧١].

ج – تقـسيم الجـزاء مـن حيـث درجة تنـاسبه مـع الـضرر الناشـئ عـن الإخلال بالقـاعدة : ينقسم الجزاء هنا إلى قسمين : الأول هو كل جـزاء يتساوى مع الضرر الذي وقع نتيجة الإخلال بالقاعدة والذي يمكن تسميته بـالجزاء الإصلاحي باعتباره هادفاً إلى إصلاح الـضرر، أما الثاني فهو جزاء تزيد درجتـه على درجة الضرر وهو ما يمكن تسميته بالعقوبة، ويتم إصلاح الضرر في القسـم الأول بالتنفيذ العيني (القهر المباشر) أو بالتنفيذ عن طريق التعويض (الـقـهر غير المباشر)، أما في القسم الثاني فيتناسب الجزاء في شدته مع الضرر الذي وقع[٧٢].

---

(٦٩) وقفت أغلب الشرائع في منتصف الطريق واعتبرت دين القمار ديناً طبيعياً لا يجبر المـدين علـى الوفاء به ولكنه إذا وفاه مختاراً لا يكون له استرداده (مرقس رقم ١٣ ص ٢٧) .

(٧٠) انظر سابقاً هامش رقم ٦١ ص ٢٧ .

(٧١) انظر سابقاً ص ٢٤ ولاحقاً هامش رقم ١٨٩ ص ٥٨ .

(٧٢) تناغو رقم ٢٦ ص ص ٧٥ : ٧٦ .

٢- **صور الجزاء** : يمكن للجزاء أن يتخذ إحدى صور أربعة وهي الجزاء الجنائي والجزاء المدني والجزاء الإداري والجزاء التأديبي، ويحتاج الأمر إلى بعض التفصيل :

أ - **الجزاء الجنائي** : ويتمثل في جزاء مادي يلحق بالشخص (وهو الإعدام) أو بحريته (وهو الحبس والسجن والأشغال الشاقة المؤبدة أو الأشغال الشاقة المؤقتة) أو بذمته المالية (وهو الغرامة(٧٣) والمصادرة) ويلاحظ أنه نظراً لشدة هذا الجزاء (٧٤) يقال لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون (٧٥)، وتوجد بالإضافة إلى العقوبات السابقة عقوبات تبعية تطبق بقوة القانون كعقوبات تابعة لعقوبة الجناية، وعقوبات تكميلية لا محل لتطبيقها إلا إذا نطق القاضي بها. وقد نص قانون العقوبات على العقوبات التبعية والتكميلية الآتية: الحرمان من الحقوق والمزايا المتمثلة في القبول في أية خدمة بالحكومة، والتحلي برتبة أو نيشان، والشهادة أمام المحاكم مدة العقوبة إلا على سبيل الاستدلال، وإدارة المحكوم عليه لأمواله وأملاكه مدة العقوبة، وعضوية

---

(٧٣) قضي بأن سلب القاضي سلطة وقف تنفيذ عقوبة الغرامة ينطوي على إخلال بخصائص الوظيفية القضائية وقوامها "تقدير العقوبة التي تناسبها" حيث يعد تفريد العقوبة جوهر الوظيفة القضائية وحرمان القاضي منه إهدارًا لهذا الجوهر وتدخلاً في شئون العدالة ومقيدًا للحرية الشخصية في غير ضرورة ونائيًا عن ضوابط المحاكم المنصفة، وبناء على ذلك فهو غير دستوري : المحكمة الدستورية العليا : في ٣ من أغسطس/آب سنة ١٩٩٦ ، القضية رقم ٣٧ س ١٥ ق دستورية ، الجريدة الرسمية ، العدد ٢٣ في ١٥ من أغسطس/آب سنة ١٩٩٦ ص ١٨٣٣ ، و ٧ من فبراير/شباط سنة ١٩٩٨ ، القضية رقم ٤٢ س ١٩ ق دستورية ، الجريدة الرسمية ، العدد ٨ في ١٩ من فبراير/شباط سنة ١٩٩٨ ص ٤٥٩.

(٧٤) البدراوي رقم ١٢ ص ٢٥ .

(٧٥) ولا يصح وضع مبدأ يقرر أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون لأن العمل جري في التشريع على أن يتضمن القانون نفسه تفويضاً إلى السلطة المكلفة بسن لوائح التنفيذ في تحديد الجرائم وتقرير العقوبات، فالأصوب إذن أن يقال لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون : الصياغة المعدلة من اللجنة التشريعية لمشروع اللجنة التحضيرية لدستور سنة ١٩٢٣ مشار إليها في حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٥ مدني في ٩ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨١ مجموعة الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة حتى ٣٠ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨١، الجزء الثاني، ص ٨٨ ، وما بعدها.

المجالس المحلية واللجان العامة، علاوة على العزل من الوظائف العامة ومراقبة البوليس والمصادرة [٧٦].

ب – الجزاء المدني : هو الجزاء الذي يقرره المشرع لأفعال معينة تقع بالمخالفة للقانون. وقد يكون هذا الجزاء مصاحباً للجزاء الجنائي أو مستقلاً عنه. وبيان ذلك أن الفعل المادي قد يعد جريمة معينة فيعاقب فاعله بجزاء جنائي محدد وفي نفس الوقت يخول المضرور منه الحق في التعويض. وقد يتمثل هذا التعويض في جزاء مباشر أو عيني أو في إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل المخالفة على التفصيل الآتي :

(١) الجزاء المباشر أو العيني : وهو الجزاء المتمثل في إكراه الشخص على القيام بعين ما التزم به بداية، فمن يلتزم بتوريد كمية معينة من القمح أو الشعير أو الذرة إلى الغير وينكل عن الوفاء بالتزامه يمكن للقاضي أن يلزمه بتوريد الكمية المطلوبة أو تسليم العين المؤجرة أو المبيعة إلى المستأجر أو المشتري حسب الأحوال.

(٢) الجزاء المتمثل في إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل المخالفة [٧٧]: ويتمثل هذا الجزاء في أمور ثلاثة هي [٧٨] :

(أ) الإزالة المادية للمخالفة : فمن يفتح مطلاً على مسافة أقل من المسافة القانونية الواجب احترامها يلتزم بسده، ومن يبني في ملك غيره يلتزم بإزالة ما بناه.

(ب) البطلان (Nullité) : ويقصد به اعتبار التصرف الصادر بالمخالف لنص القانون كأن لم يكن. وهذه المخالفة قد تكون لركن من أركان الانعقاد أو لشرط من شروط الصحة : فمن يهب آخر عقاراً يلتزم وفقاً للقانون بتحرير ورقة رسمية بذلك فإذا جعل الهبة بورقة عرفية لم يعتد بها لفقدان التصرف لركن من أركان انعقاده.

---

(٧٦) يلاحظ أن المصادرة العامة محظورة ، ولا تجوز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي تطبيقا لحكم المادة ٣٦ من الدستور المصري الحالي الصادر سنة ١٩٧١ : المحكمة الإدارية العليا : ٢٥ من مايو/أيار سنة ١٩٨٥، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة، س ٣٠، رقم ١٧٢، ص ١١٢٠.

(٧٧) أو رد الشيء إلى أصله : القاضي ص ٢٥.

(٧٨) كامل ص ٢٣.

ومن يبرم عقد بيع مع من يعد قاصراً لعدم بلوغه سن الرشد وهي إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة يجعل عقده قابلاً للإبطال لتخلف شـرط مـن شـروط صـحة التصرف وهو صدور الرضا من رشيدين كقاعدة عامة.

وعلى ذلك يمكن أن نقول أن جزاء تخلف ركن انعقاد وهو رضـا الأطـراف ومحل التعاقد وسببه هو البطلان المطلق أي البطلان المكفول للكافة المطالبة به، أما جزاء تخلف شرط لصحة التعاقد وهو أحد شروط الرضا فهو البطلان النسـبي ب معنى البطلان الذي لا يحق المطالبة به إلا من جانب أشخاص يحـددهم القـانون. وفي مثالنا السابق يحق للقاصر أو من يمثله قانوناً المطالبة بإبطال التصرف.

(جـ) الفسخ (Résolution): وهو جزاء ينطق به القاضي بأثر رجعـي عنـد إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية . فهو إذن جزاء يلحـق عقـداً صـحيحاً وسليماً من الوجهة القانونية. ويختلف الفسخ عن البطلان في أن الفسخ جزاء لعيب في التنفيذ، أما البطلان فهو جزاء لعيب في التكـوين [٧٩]. ويتفـق مـع الإنهـاء Résiliation في كل شيء عدا في أنه مجرد من الأثـر الرجعـي، فالإنهـاء (أو الإلغاء) هو انحلال للعقد يستقل بتقريره أحد أطراف العقد المستمر مثـل عاريـة الاستعمال أو الوكالة أو الإيجار، ويقع هذا الانحلال بدون أثـر رجعـي لأن مـا مضى من الزمن لا يعود [٨٠].

ويلاحظ أن الفسخ إذا صدر باتفاق الأطـراف جميعـاً (Mutuus Dissensus) أعتبر تفاسخاً أو تقايلاً يتجرد، كقاعدة عامة، من كل أثر رجعـي [٨١]، وإذا رجـع سبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه إلى سبب أجنبي عنه لايد له فيـه سـمي الجـزاء "انفساخاً"، فيقع العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه لاستحالة تنفيذه.

---

(٧٩) جمعة ص ٥٦ وينوه سيادته هنا بأن جزاء الفسخ يؤدي بصفة عامة إلى نتائج مماثلة لما يؤدي إليـه البطلان مع ملاحظة الفروق بين عقود المدة والعقود الفورية (الإهواني رقم ٢٠ ص ١٩) ففي عقود المدة أو العقود الزمنية التي يعد الزمن عنصراً فيها فإن الماضي من الزمن لا يعود فيكون للفسخ أثره في المستقبل فقط (نجيده ص ٣٦) ويلاحظ هنا أن الفسخ يطلق عليه في هذا الفرض الإنهاء.

(٨٠) الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، المجمع العلمي العربي الإسلامي/ بيروت ، بدون تاريخ ، رقم ١٩٩ ص ٢٢١.

(٨١) أستاذنا الدكتور محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، القاهرة ، الطبعة الثالثة ، سنة ١٩٧٨ رقم ٢٢٤ ص ٤٢٦ (ويلاحظ أن إشارتنا فيما بعد إلى اسم سيادته دون عنـوان الكتاب تعني أن المقصود كتابه في المدخل سالف الذكر) .

ونشير إلى أن العقد قد ينحل بالرجوع (**Révocation**) وهو انحلال للعقد يتم بإرادة أحد المتعاقدين، وتطبيقه الوحيد في عقد الهبة، حيث يجوز للواهب الرجوع في الهبة.ويعتبر الرجوع في هذا المقام فسخاً بدون أثر رجعي يقع بالتراضي أو حكم القاضي [٨٢] .

(٣) عدم النفاذ (Inopposabilité) في مواجهة الغير : وهو جزاء يستفيد منه الغير، فيقع التصرف صحيحاً بين أطرافه ولا ينفذ في مواجهة الغير لعلة أرتاها المشرع، ومثال ذلك حوالة الحق التي لا تنفذ في حق المدين إلا إذا قبلها أو أعلن بها إعلاناً رسمياً، فإذا حول دائن حقه قبل مدين معين إلى آخر لا ينفذ هذا التصرف في مواجهة المدين إلا إذا قبل الحوالة أو أعلن بها رسمياً.

(٤) الغرامة التهديدية (Astreinte): وهي جزاء يوقع على المدين المتعنت لكسر عناده، ويتمثل في " الحكم على المدين بمبلغ معين عن كل يوم، أو أية وحدة زمنية أخري، يتأخر فيها عن تنفيذ التزامه إلى ما بعد الوقت الذي حدده له القاضي لتنفيذه، حتى يقوم بتنفيذه، أو يبين إصراره نهائياً على عدم تنفيذه" [٨٣] وتعد مجالاً منطقياً للتهديد المالي للالتزامات التي تقتضي تدخل المدين شخصياً للوفاء بها كالغناء في حفل أو تمثيل دور معين أو نحت تمثال [٨٤] ، وإن جاز استخدامه في الالتزام بامتناع عن عمل فيفرض القاضي غرامة تهديدية على المغني أو الممثل عن كل حفل يشارك فيه بالمخالفة لما تعهد به في مواجهة دائنه. وللقاضي في نهاية الأمر – في كل الأحوال– سلطة تقديرية على مبلغ الغرامة المتحصل في ذمة المدين المحكوم عليه بها، فهو ليس ملزماً بالحكم به كله لأن نظام الغرامة التهديدية مقرر أصلاً لكسر عناد المدين وليس لتعويض الدائن[٨٥].

(٥) التعويض المالي (Dommages-Intérêts) : هو الجزاء المقرر لصالح المضرور من جراء فعل شخص آخر ثبت الخطأ في جانبه، فيحكم على الأخير

---

(٨٢) السنهوري ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، المرجع السابق ، رقم ٩٨ ، ص ٢٢١.

(٨٣) زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، المرجع السابق ، رقم ٣٨٠ ص ٧٤٩ .

(٨٤) الغرامة التي يحكم بها على الخبير طبقا للفقرة الثالثة من المادة ٢٤٢ مرافعات هي من قبيل التهديدات المالية Astreintes والقاعدة فيها أن للقاضي الرجوع عن أمره بما له من حق ...... عند تظلم الخبير له .. إذا قبل عذره في التأخير" : محكمة الاستئناف (مصر) ٩ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٤١، الأعداد ٩،٨، ١٠ ، س ٢٢ ص ٦٦٦.

(٨٥) فيتعذر إلزامهم بتنفيذ عين ما التزموا به نظراً لأهمية شخصهم بالنسبة للدائن وضرورة احترام حريتهم الشخصية (البدراوي رقم ١٣ ص ٣٠) .

بمبلغ مالي على سبيل التعويض لجبر ما لحق المضرور من ضرر. وهذا التعويض قد يرتبط بجزاء جنائي وهو العقوبة الجنائية أو بجزاء مدني هو الفسخ.

جـ- الجــزاء الإداري[٨٦]: هو جزاء تتمتع به الدولة على موظفيهــا الــذين تثبت مخالفتهم لقواعد العمل الوظيفي، مثال ذلك تغيبهم عن العمل أو إهمالهم فـي أدائه أو القيام بأعمال لا تتفق مع كرامة الوظيفة. ولهذا الجزاء "صور متعددة" قـد تكون : اللوم، أو الإنذار، أو الحرمان من جزء من الراتب أو من الترقية أو العلاوة أو تأجيلها، أو الحرمان من المكافأة. [٨٧].

د - الجــزاء التأديبي[٨٨]: وهو جزاء تملكه الجماعات الداخليـة كالجمعيـات والنقابات على أعضائها الذين يثبت لها مخالفتهم لقوانينها، ويصل إلى حد الفصـل من العضوية بالنسبة للمخالفات الجسيمة .

---

(٨٦) جمعة ص ٥٣ ومن صور الجزاء الإداري ما هو قريب الشبه بجزاءات القانون المـدني كـبطلان القرار الإداري أو عدم نفاذه في مواجهة شخص معين أو الحكم بالتعويض في بعض حالات المخالفة لقـواعد هـذا القانون ، ومنه ما يشبه جزاءات القانون الجنائي كالغرامة والأمر يغلق منشأة تجارية أو صناعية أو الأمر بحظر مهنة معينة ، وضد ما يتصل بمالية الدولة كالغرامـة والمصـادرة فـي المسائل الضريبية (نجيده ص ٣٧) . ونشير في هذا المقام إلى أن ".. الجريمـة الإداريـة تختلـف اختلافاً كلياً في طبيعتها وتكوينها عن الجريمة الجنائية وأن الفعل الواحد قد يكون الجريمتين معاً ويرد ذلك كله إلى أصل مقرر هو اختلاف الوضع بين المجالين الإداري والجنائي وما استتبعه ذلـك مـن استقلال الجريمة الإدارية عن الجريمة الجنائية لاختلاف قوام كل من الجريمتين وتغاير الغايـة مـن الجزاء في كل منهما فهو في الأولى مقرر لحماية الوظيفة العامة أما في الثانية فهـو قصـاص مـن المجرم لحماية المجتمع ومن ثم فإن الحكم بالعقوبة الجنائية لا يحول دون محاسبة الموظف تأديبياً عن المخالفات الإدارية التي ينطوي عليها الفعل الجنائي : المحكمة الإدارية العليا ، ٣١ من يناير/كـانون الثاني سنة ١٩٨٧ ، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا ، المكتب الفني لمجلس الدولـة (الناشـر نقابة المحامين / مصر) ، س ٣٢ جـ١ ، رقم ١١٠ ص ٧١٤ وما بعدها.

(٨٧) حكم بأن لجهة العمل سلطة تحديد الجزاء المناسب بحسب تقديرها للذنب الإداري وما يستأهله مـن عقاب بشرط ألا يكون ثمة نظام قانوني (لائحة جزاءات في هذا المقام) قد خص ذنباً إداريـاً معينـاً بعقوبة محددة : المحكمة الإدارية العليا، ٨ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨٥، مجموعة المبادئ القانونية التي قدرتها المحكمة الإدارية العليا، المكتب الفني لمجلس الدولة، س ٣٠ رقم ١٨٥ ص ١٢٦٢. وقد نوهت المحكمة في هذا الحكم بأن العبرة بالتشريع المعمول به وقت صدور حكم المحكمـة التأديبيـة بتوقيع العقوبة دون التشريع المعمول به وقت ارتكاب المخالفة أو إقامة الدعوى التأديبية إعمالاً للأثر الفوري للقانون. كما أكدت المحكمة في حكم حديث لها في ٤ من يناير/كانون الثـاني سـنة ١٩٩٢ (الجريدة الرسمية في ٢٣ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٢م ص ٢٦١ وما بعدها) انه مما ينـافي مفهوم الدولة القانونية .. أن تقرر الدولة سريان عقوبة تأديبية بأثر رجعي، ذلك بتطبيقها على أفعـال لم تكن حيث إتيانها تشكل ذنباً إدارياً مؤخذاً عليه.." وانتهت في هذا الحكم إلى عدم دستورية المادة ٢ من القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٣ فيما تضمنته من سريان العقوبات الانضباطية المقررة بمادته الأولى بأثر رجعي يرتد إلى الأول من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٦٣.

(٨٨) الشرقاوي رقم ٨ ص ٢٥ هامش رقم (١) .

المبحث الثالث

التفرقة بين القواعد القانونية وغيرها من القواعد الاجتماعية

تعد القواعد القانونية، كما سبق القول [٨٩] قواعد اجتماعية تعكس الظروف السائدة في مجتمع معين . وهي في ذلك ليست وحدها بل تشاركها قواعد اجتماعية أخرى وهي قواعد الأخلاق والدين والمجاملات . فهذه القواعد جميعاً تتمتع بخصائص القاعدة القانونية[٩٠] فهي عامة ومجردة ومنظمة للسلوك داخل المجتمع ومصحوبة بجزاء، والفارق بينها يكمن في ماهية هذا الجزاء فهو إما أخلاقي حال أو ديني آجل أو مادي حال توقعه سلطة عامة مفوضة من المجتمع في ذلك[٩١].

ويحتاج الأمر إلى بعض التفصيل على النحو الآتي:

أولا : قواعد القانون وقواعد الأخلاق (les règles de morale): يقصد بقواعد الأخلاق مجموعة المبادئ المتحصلة من المثل العليا للمجتمع ومجموع أفكاره عن الخير والشر التي تحض أفراده على سلوك معين في مواجهة نفسه (أخلاق فردية) أو غيره (أخلاق اجتماعية) ، فتختلف بذلك هذه القواعد عن قواعد القانون في أمور أربعة هي على التوالي : الغاية، والجزاء، والمحل والتحديد :

١ – **الغاية** : تستهدف القاعدة القانونية تحقيق الأمن والاستقرار داخل المجتمع بالنظر إلى ما هو كائن بالفعل متخذة من الشخص العادي أنموذجاً قياسياً، أما القاعدة الأخلاقية فهي تصبو إلى تحقيق المثل العليا السامية الشكل والمضمون متخذة من الشخص المثالي الخير السلوك والسوي الطبيعة[٩٢] أنموذجاً قياسياً، بعبارة موجزة نقول إن القانون غايته نفعية في حين أن غاية الأخلاق مثالية[٩٣] وان

---

(٨٩) انظر سابقاً ص ٢٢ وما بعدها .

(٩٠) مرقس رقم ٢١ ص ٣٩ وسلامة رقم ٣ ص ١٢.

(٩١) فيقف منها المشرع موقف المحايد وهو ما يعبر عنه بمبدأ حيدة القانون :

op.cit., No. 16p. 48.،Principe de neutralité de droit : CARBONNIER

(٩٢) انظر في نفس المعنى : الشرقاوي رقم ١٠ ص ٣٢ .

(٩٣) السنهوري وأبو ستيت رقم ١٤ ص ٢١، والإهواني رقم ٢٥ ص ٢٣ ، وأبو السعود ص ١٠٣ وجلال إبراهيم رقم ٢٣ ص٥٥ .

استهدفتا معاً على المدى البعيد أمراً واحداً وهو تنظيم علاقات الناس في المجتمع وإشاعة الأمن في النفوس[٩٤] .

٢- **المحل** : ترد القاعدة القانونية على سلوك اجتماعي معين فتحظره أو تلزم باتباعه متخذة من النشاط الخارجي للأفراد معياراً للمحاسبة ، أما القاعدة الأخلاقية فتتعلق بسلوكيات اجتماعية أو شخصية وتجعل النوايا أساساً للحساب، وقد نوهنا بأن القاعدة القانونية قد تأخذ النوايا في الاعتبار إذا صاحبها سلوك مادي خارجي[٩٥] .

٣- **الجزاء** : يتخذ الجزاء في القاعدة القانونية شكلاً مادياً محسوساً، هذا الشكل قد يكون عينياً أو نقدياً أو عينياً ونقدياً في آن واحد. على العكس فإن جزاء القاعدة الأخلاقية يعد جزاء معنوياً داخلياً يتمثل في شعور بالحِطة والضعة والتأنيب[٩٦] أو معنويا خارجياً يتمثل في تبكيت الضمير الإنساني واستهجان المجتمع واشمئزازه وسخطه وازدرائه مما يؤدي إلى فتور العلاقات الاجتماعية[٩٧] وهذا ما يعبر عنه بالقول بأن القاضي والمتهم يكمنان في داخل نفس الشخص ، فالمتهم هو النفس والقاضي هو الضمير[٩٨] .

٤- **التحديد** : الغالب أن تكون القاعدة الأخلاقية غير منضبطة وغير واضحة، في حين يلزم أن تستوفي القاعدة القانونية هاتين الصفتين لتستحق وصفها بالقانونية[٩٩]. والملاحظ أن دائرة القانون قد تتلاقى مع دائرة الأخلاق وقد تنفصل عنها : فإذا تلاقت معها يكون هذا التلاقي تطابقاً مثال ذلك القتل والسرقة والنصب فهي أفعال معاقب عليها أخلاقياً وقانونياً في آن واحد، وقد يكون هذا التلاقي جزئياً عندما يعاقب المشرع على إحدى صور الكذب وهي الشهادة الزور أمام القضاء[١٠٠]. على العكس فإنها تنفصل عنها تماماً بشأن بعض الأفعال المعاقب

---

(٩٤) في نفس المعنى ص ٤٧ .

(٩٥) انظر سابقاً ص ٢٣.

(٩٦) البدراوي رقم ١٢ ص ٣٤ ، وعرفة ص ٤٦ ، وعبد الباقي ص ١٩ والشرقاوي رقم ١٠ ص ٣٢ .

(٩٧) مرقس رقم ٢١ ص ص٤٤ : ٤٥ ، وفرج رقم ١٠ ص ٢٩ ، والشرقاوي رقم ١٠ ص ٣١ وحسن ص ٦٦ .

(٩٨) جمعة ص ٧٧ .

(٩٩) منصور رقم ١٨ ص ٣٨ .

(١٠٠) شنب رقم ٢٥ ص ٣٩ .

عليها قانوناً فحسب كعدم القيد في دفاتر المواليد[١٠١] والأفعال المعاقب عليها أخلاقياً فحسب كعدم الوفاء بدين انقضى بالتقادم أو تقاضي فوائد ربوية من المدين[١٠٢] .

مع ذلك فإذا سلمنا مع البعض[١٠٣] بأن احترام النظام الذي ترتضيه الجماعة يعتبر مطلبا من مطالب الأخلاق، أمكن القول بأن كل قاعدة ترسم نظاماً للسلوك في أية ناحية من نواحي الحياة الاجتماعية تعتبر واجباً أخلاقياً[١٠٤]، وعلى هذا الأساس تتداخل دائرة القانون مع دائرة الأخلاق دائماً، فتعد مخالفة قواعد المرور وإجراءات التقاضي ومواعيده[١٠٥] مبررة الجزاء أخلاقياً وليس قانونياً فحسب[١٠٦] .

على أية حال فان دور الأخلاق في تكوين القاعدة القانونية[١٠٧] بوصفها قاعدة اجتماعية غير مستبعد[١٠٨] لاسيما وأن مقياس تحضر الشعوب ورقي المجتمع يتمثل في مدى اتساع الدائرة المشتركة بين القانون والأخلاق[١٠٩] فلا يمكن الذهاب إلى القول بأن حرية الإنسان لها الأولوية ولو خالفت الأخلاق[١١٠] .

---

(١٠١) منصور رقم ١٨ ص ٣٧ و٣٨ وخضر رقم ٦ ص ١٣.

(١٠٢) أفتي فضيلة الشيخ الدكتور محمد سيد طنطاوي مفتي الديار المصرية السابق (شيخ الأزهر حالياً) بأن فوائد البنوك بكل أنواعها التي تمنح للعملاء ليست ربا محرماً شرعاً وإنما تعد نوعاً من الحوافز تعطيها الدولة لهم لتشجيعهم على المساهمة في تنمية البلاد : فتوى صدرت عن دار الإفتاء في ٧ من شهر سبتمبر/أيلول سنة ١٩٨٩ ونشرت في كل الجرائد المصرية اليومية في اليوم التالي لصدورها وقد نشر فضيلته كتاباً جامعاً ضمنه هذه الفتوى ورده على معارضيه عنوانه :معاملات البنوك وأحكامها الشرعية، القاهرة ، الطبعة الثامنة، سنة ١٤١١ هـ / ١٩٩١م .

(١٠٣) جمعة ص ٧٨ .

(١٠٤) انظر في التقريب بين الأخلاق والقانون : البدراوي رقم ٢٥ ص ٤٧ ، والقاضي ص ص٣٣ : ٣، ومرقس رقم ٢٢ ص ٤٥ وما بعدها ، ويحيى ص ص٢٣ : ٢٤ ، ومنصور رقم ١٨ ص ٣٧ ، وكامل رقم ٢٠ ص ٤٣ وأبو السعود ص ص١١٤ : ١١٥ .

(١٠٥) الإهواني رقم ٢٧ ص ٢٤ .

(١٠٦) الإهواني رقم ٢٧ ص ص٢٤ : ٥٢ وينوه سيادته بأن الفقه السوفيتي يرفض الفكرة القائلة بأن القانون يتضمن الحد الأدنى من الأخلاق على أساس أن القانون السوفيتي يتضمن قيماً أخلاقية لم يصل إليها بعد مجموع الناس .

(١٠٧) انظر في عدم انضباط أساس التفرقة بين القانون والأخلاق : الوكيل رقم ٢٠ ص ٢٩ .

(١٠٨) السنهوري وأبو ستيت رقم ١٤ ص ١٩، والمهدي ص ٥٤ وأبو السعود ص ص ١١٤: ١١٥ ونجيده ص ٤٤.

(١٠٩) السنهوري وأبوستيت رقم ١٤ ص ٢١، ومرسي ومصطفى رقم ٥٨ ص ٦٠ ، والبدراوي رقم ٢٦ ص ٥٠ وفرج رقم ١٢ ص ٣٣ ومنصور رقم ١٨ ص ٣٧ .

(١١٠) أدى تطرف أصحاب المذهب الفردي الذين ينادون بأن القانون وضع ليقدم حريات الأفراد (انظر لاحقاً دراستنا لهذا الموضوع ص ٤٣ وما بعدها) إلى نتيجة غريبة وهي أن غاية العدل ظلم (Summum jus, sumuma injuria) : انظر في بيان ذلك القاضي ص ٣١ .

ثانيا : قواعد القانون وقواعــد الــدين (Les commandements réligieux): يقصد بقواعد الدين[١١١] مجموعة الأحكام التي يوحي بها الله تعالي إلى رسله لتحكم سلوك أتباعهم من الأفراد[١١٢] وتقترن هذه القواعد بجزاء أخروي آجل يتوعد به الله تعالي المخالفين لهذه القواعد . وتتميز هذه القواعد بأنها تنظم علاقة الفــرد بربـــه وعلاقته بغيره في آن واحد[١١٣] . ومن ذلك نلاحظ أن قواعد الدين تختلــف عــن قواعد القانون في أمرين وهما جهة توقيع الجزاء وتوقيت توقيعه :

١- **جهة توقيع الجزاء** : هذه الجهة إلهية بالنسبة للقواعــد الدينيـــة وبشـــرية بالنسبة للقواعد القانونية ، وهي سلطة بشرية مفوضة في ذلك من المجتمع .

٢- **توقيت توقيع الجزاء** : جزاء القاعدة القانونية حال توقعه السلطة المختصة إثر وقوع المخالفة، أما جزاء القاعدة الدينية فهو عادة آجل ولاحق على المخالفة ب معنى أن توقيعه يكون في اليوم الآخر (وإن كان تعجيل الله تعالي للجزاء في الحياة الدنيا أمراً متصوراً في كل الأوقات) . ونشير في هذا المقام إلى أن من جـــزاءات القاعدة الدينية جزاءات حالية في الدنيا مثل الحدود والقصاص لا توقع إلا بموافقـــة السلطة العامة أي بوصفها تطبيقات لقوانين قائمة .

ويلاحظ بوجه عام أن قواعد الدين قد تتداخل مع قواعـــد القـــانون إذا تبناهـــا المشرع صراحة، وهنا يكون إلزام القاعدة القانونية مزدوج المصدر فهو مستمد من النص التشريعي من جانب ومن العقيدة والضمير الحي والوازع الديني من جانـــب آخر[١١٤] .

ثالثا : قواعد القانون وقواعــد المجـــاملات[١١٥] (Règles de convenances): يقصد بقواعد المجاملات القواعد أو التقاليد أو العادات[١١٦] التي درج الناس عليهـــا

---

(١١١) يحيى ص ٢٤ ، والشرقاوي رقم ١٠ ص ٢٩ ونجيده ص ٣٨ .

(١١٢) ويعرفها البعض بأنها القواعد التي يسود الاعتقاد بأنها من عنـــد الله : منصـــور رقـــم١٩ص٣٩ وعرفة ص٤٢ .

(١١٣) الإهواني رقم ٣٠ ص ٢٧ .

(١١٤) خضر رقم ٦ ص ١١، والشرقاوي رقم ١٠ ص ٣١ هامش رقم (٢) والوكيل رقم ٢٣ ص ٣٢ .

(١١٥) يســـميها الـــبعض Règles de bienfaisance ويلحـــق بهـــا القواعـــد الاحتفائيـــة cérémonial..)،والشرفية(d'honneur...) CARBONNIER op. cit. No. 16 p. 45:

(١١٦) منصور رقم ١٧ ص ٣٥ ، ويحيى ص ٢٥ ، والمهدي ص ٦٢ ونجيده ص ٤٨ .

في المناسبات الاجتماعية المختلفة مثل تبادل التهاني في الأفراح والتعازي في المآتم والهدايا في الأعياد. ويتمثل جزاء مخالفة هذه القواعد في استياء الناس واحتقارهم للمخالف ومعاملتهم بالمثل(١١٧) مما يترتب عليه تجميد العلاقة الاجتماعية أو فتورها(١١٨) علاوة على إحراج المخالف إحراجاً بالغاً(١١٩) .

والملاحظ أن المشرع لا يتبنى عادة قواعد المجاملات ويضمنها قوانينه لاختلاف المصالح المبتغاة (١٢٠)، وبيان ذلك أن القواعد القانونية تبتغي حفظ النظام والاستقرار الاجتماعي أما قواعد المجاملات فلا تصل في قيمتها إلى هذا المستوي مما يدفع المشرع إلى ترك العقاب على مخالفتها لضمير الفرد ومشاعر الجماعة(١٢١) .

مع ذلك فإن هذا القول ليس صحيحاً على إطلاقه لأن بعض قواعد المجاملات تنفذ إلى فكر المشرع وتصبح قواعد تشريعية ، فترك مكان ملائم للنساء في عربات المواصلات العامة قد يكون من قبيل المجاملة ثم يصبح قاعدة قانونية مفروضة على الجميع(١٢٢) نظير جزاء مادي يوقع على المخالف(١٢٣). وقد تحولت بالفعل قواعد معاملة أعضاء السلك الدبلوماسي(١٢٤) من قواعد مجاملات إلى قواعد قانون دولي عام(١٢٥) .

---

(١١٧) عبد الباقي ص ٢٣ هامش رقم (١) .

(١١٨) جمعة ص ٨٠ .

(١١٩) سلامة رقم ٣ ص ص ١٥ : ١٦ .

(١٢٠) يحيى ص ٢٥ ، والإهواني رقم ٢٩ ص ص٢٥ : ٢٦ ونجيده ص ٤٩ .

(١٢١) ويعبر عن ذلك بعبارة : CARBONNIER op. cit. ، de minimis non curat praetor : No. 16 p. 46.

(١٢٢) هذا التحول حدث فعلاً في مواصلات النقل العام في القاهرة والجيزة بقرار وزير النقل والمواصلات عدة مرات أخرها يطبق الآن بشأن النقل العام عبر مترو الانفاق .

(١٢٣) الوكيل رقم ٢٤ ص ٣٤ .

(١٢٤) عرفة ص ٤٧ ، وخضر رقم ٦ ص ١٤ والبدراوي رقم ٢٧ ص ٥١ وكامل رقم ٢١ ص ٤٦ .

(١٢٥) ويعبر عن قاعدة المجاملة بمصطلح فرنسي شائع وهو (Etiquette) ويتمثل في اجراءات أو طقوس أو واجبات معينة بدأت في الشيوع سنة ١٦٠٧ وانتشرت في القرن الثامن عشر بهذا الإسم الذي كان اسما لقائمة لقواعد المجاملات المرعية لدى Philippe LE BON (قاموس : Le Petit Ropert، op. cit، p.832 وهذا الأخير كان ملكا لفرنسا وولد في بلدة ديجون سنة ١٣٩٦م وتوفي سنة ١٤٦٧م : (Petit Larousse en Couleurs، 1980 p. 1481) وانظر مرجع السفير / أحمد حلمي إبراهيم ، الدبلوماسية : البروتوكول / الإتيكيت / المجاملة ، عالم الكتب ، القاهرة (طبعة ثانية) ١٩٨٦ .

المبحث الرابع
نطاق القاعدة القانونية

يقصد بنطاق القاعدة القانونية تحديد المدى الذي يستطيع المشرع أن يصل إليه عند تدخله بالتشريع ، أو بعبارة أخرى بيان حدود تدخل المشرع في حياة الأفراد؟

يتنازع هذا الأمر مذهبان وهما مذهب يقدس مصلحة الفرد ويجعل القانون خادما لها وهو المذهب الفردي، ومذهب آخر يقدس مصلحة الجماعة ويجعل القانون خادما لها ولو تعارضت مع مصلحة الفرد وهو المذهب الاشتراكي . وفي حين يطلق الأول العنان للفرد يغلب الثاني مصلحة المجتمع[١٢٦]. وبعد أن نعرض إلى كل منهما نبين تأثيرهما في القانون المصري ونعرض لهذا كله بشيء من التفصيل:

أولا : المذهب الفردي : النطاق الضيق للقاعدة القانونية Doctrine individualiste Doctrine individuelle، ينتهي نسب هذا المذهب إلى فلاسفة القرن الثامن عشر بوجه عام وإن كان دور أربعة من بينهم أكثر وضوحاً وتأثيراً وهم: كانت[١٢٧]، وروسو [١٢٨] ولوك[١٢٩] وآدم سميث [١٣٠]. وندرس هنا مضمون هذا المذهب ثم نعكف على تقديره ببيان مزاياه وعيوبه:

١- **مضمون المذهب** : يضع أنصار هذا المذهب الفرد في المقام الأول باعتباره أسبق إلى الوجود من الجماعة نفسها، ولا يجعلون للمشرع الحد من حريته

---

(١٢٦) يحيى ص ٢٦ .

(١٢٧) واسمه بالكامل Emmanuel KANT وهو فيلسوف ألماني ولد في مدينة Konigsberg سنة ١٧٢٤م وتوفي سنة ١٨٠٤م (قاموس لاروس ، سابق الإشارة اليه ، ص ١٣٣٠) .

(١٢٨) واسمه بالكامل Jean-Jacques ROUSSEAU وهو كاتب وفيلسوف ولد في جنيف سنة ١٧١٢ وتوفي سنة ١٧٧٨م (قاموس لاروس ، سابق الإشارة إليه ، ص ١٥٣٠) وقد كانت جنيف في ذلك الوقت جزءاً من اقليم Savoie الفرنسي .

(١٢٩) واسمه بالكامل John LOCKEوهو فيلسوف إنجليزي ولد في مدينة Wringtonسنة ١٦٣٢م وتوفي سنة ١٧٠٤م (انظر قاموس لاروس ، سابق الإشارة إليه ، ص ١٣٦٣) .

(١٣٠) واسمه بالكامل Adam SMITH وهو اقتصادي اسكوتلندي ولد في مدينة Kirkaldy سنة ١٧٢٣م وتوفي سنة ١٧٩٠م (انظر قاموس لاروس، سابق الإشارة إليه ، ص ١٥٦٩) .

إلا بقدر ضئيل ضروري للتوفيق بين مصالحه ومصالح أقرانه من الأفراد العائشين في المجتمع . فتدخل المشرع يعد وفقا لهم شراً لابد منه (١٣١) لاحترام حرية الفرد الذي يعد محور الوجود (١٣٢) والذي تسعي الجماعة كلها لتكفل له أكبر قدر ممكن عملاً من هذه الحرية . وهذا كله أثر منطقي لقولهم إن الجماعة وجدت من أجل الفرد ولم يوجد هو من أجلها(١٣٣).

ويرتب أنصار هذا المذهب عدة نتائج على هذه الأفكار يمكن تصنيفها إلى نتائج ثلاثة سياسية واقتصادية وقانونية: النتائج السياسية : يتمتع الأفراد بأكبر قدر متصور عملا من الحرية، ويتعين أن يكون المشرع خادماً لهذا الغرض . وهذا يؤدي بالضرورة إلى الحد من تحكم الحكام .

النتائج الاقتصادية : يطلق المذهب الفردي العنان لحرية العمل والتجارة دون قيود جمركية ويفسح المجال لقانون العرض والطلب كضابط وحيد لتحديد الأسعار احتراماً لمناخ المنافسة الحرة الواجب الاحترام . فالمنطقة الاقتصادية تعد منطقة محرمة على المشرع .

النتائج القانونية : تترتب عدة نتائج هامة على اعتناق هذا المذهب أهمها :

أ – مبدأ سلطان الإرادة Principe de l'autonomie de la volonté : مفاد ذلك التزام الفرد باحترام تعاقداته مهما كانت مجحفة به . يستوي في ذلك أن يكون الإجحاف معاصراً لإبرام العقد(١٣٤) أو لاحقاً عليه .

ب – احترام الملكية الخاصة : يجعل أنصار هذا المذهب للملكية الخاصة مكاناً متميزاً يمنحون صاحبها حقاً مطلقاً يخوله سلطات مطلقة على محلها تتمثل في سلطات الاستعمال (Usus / Jus utendi) والاستغلال (Fructus/ Jusu fruendi) والتصرف (Abusus/Jus Abutendi) بغير حدود .

قد وصل أنصار هذا المذهب إلى هذه النتائج استناداً إلى وجود عقد اجتماعي

---

(١٣١) انظر في عرض ذلك : سلامة رقم ١١ ص ٣٢ ، وعرفة ص٣٩ والسنهوري وأبو ستيت رقم ١٦ ص ٢٣.

(١٣٢) انظر في عرض ذلك : أبو السعود ص ٣٥ .

(١٣٣) انظر في عرض ذلك :الوكيل رقم ٣٢ ص ٣٩ .

(١٣٤) السنهوري وأبو ستيت رقم ١٦ ص ٢٣ .

يربط بين الفرد والدولة بمقتضاه يتنازل لها عن الجزء الأدنى من حريته اللازم للحياة الاجتماعية المشتركة . وهذا هو ما يعبر عنه بوجود عقد اجتماعي يربط الفرد بالدولة يتنازل بموجبه الأول لصالح الثانية عن جزء من حقوقه الطبيعية نظير حماية الأخيرة للقدر الباقي من حريته . وحكمة هذا التنازل هي كفالة عيش الأفراد في مجتمع منظم بغير أن يجور أحدهم على الآخر[١٣٥] .

جـ – كفالة سعادة الفرد في محيط العائلة : يرمي أنصار المذهب الفردي إلى إلزام المجتمع بتحقيق سعادة الفرد وإن تمثل ذلك في طلاقه من زوجه مادام يجد سعادته في ذلك . فكان للمذهب الفردي السبق في المناداة بحق الطلاق وهو الأمر الذي كان عسير المنال على المسيحيين في ذلك الوقت .

د – تأسيس المسئولية المدنية على فكرة الخطأ : ومفاد ذلك رفض فكرة المسئولية دون خطأ التي تعرف باسم نظرية تحمل التبعة أو المسئولية الموضوعية (Strict liability / Responsabilité objective) .

٢– **تقدير المذهب** : حقق المذهب الفردي مزايا وأخذ عليه بعض العيوب نوجز أهمها:

أ – **المزايا** : ينسب إلى أصحاب المذهب الفردي فضل التأكيد على حرية الفرد وعصمتها من عسف السلطة والحاكم[١٣٦] وهذا ما ظهر جلياً عند صياغة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بعبارة أخرى أن أصحاب المذهب الفردي هم الآباء الروحيون لهذا الإعلان .

ب – العيوب : أخذ على المذهب الفردي عدة مآخذ أهمها :

١– الإفراط في تقديس الفرد وحريته ، فيذهب دعاة المذهب الفردي إلى جعل الفرد وحريته فوق المجتمع رغم الارتباط المنطقي بين وجود الفرد ونشأة المجتمع. وبيان ذلك أن المجتمع معاصر لوجود الفرد وليس لاحقاً على وجوده[١٣٧] وهذا يستدعي رفض فكرة الحقوق الطبيعية التي يقول بها أنصار المذهب الفردي .

---

(١٣٥) هذا ما عبر عنه البعض بالقول بأن المشرع كرجل المرور الذي يلزم قائدي السيارات بالوقوف عند مفترق الطرق بالقدر الضروري اللازم لمرور الآخرين وهو بذلك مطالب بالعدل بينهم جميعاً فلا يقف أحد منهم مدة أطول من غيره : انظر في ذلك مرقس ص ٢٦ وكامل رقم ١٥ ص ٣٠ .

(١٣٦) مرقس رقم ١٨ ص ٣٥ .

(١٣٧) السنهوري وأبو ستيت رقم ١٦ ص ٢٣ .

٢- تحكم الأقوياء في الضعفاء، فغل أصحاب المذهب الفردي يد القضاء عن تعديل عقود الإذعان[١٣٨] وأضعفوا إرادة العامل لصالح رب العمل[١٣٩].

٣- إهدار المصلحة العامة للجماعة : يؤدي الأخذ بمنطق المذهب الفردي إلى القول بأن المصلحة العامة للجماعة هي مجموع المصالح الفردية، وهذا ما أدى بدوره إلى القول بعدم التزام السلطة العامة بالقيام بالمشروعات الحيوية للجماعة والتي تجمع بين عيبين أساسيين وهما ارتفاع تكلفتها وانخفاض عائدها النقدي . وقد ترتب على ذلك أن أصبح مرفق التعليم وغيره من المرافق الحيوية في حياة الجماعة بغير تمويل[١٤٠].

كل هذا أدى إلى الشعور بالحاجة إلى مذهب فكري جديد يحكم نطاق القاعدة القانونية، وبذلك مهدت عيوب المذهب الفردي الطريق أمام دعاة المذهب الاشتراكي الذي ندرسه الآن.

ثانيا : المذهب الاشتراكي [١٤١] (Doctrine Socialiste) النطاق الواسع للقاعدة القانونية : تنعقد الأبوة الحقيقية لهذا المذهب للمفكر الشهير ماركس[١٤٢] ، فكان له فضل وضع أسسه في القرن التاسع عشر في تقرير صدر عن لجنة ضمته مع المفكرين الألمان اللاجئين إلى فرنسا وإنجلترا في ٤ من فبراير/شباط سنة ١٩٤٨ مستفيداً بذلك من المناخ الفكري الذي هيئته الثورة الفرنسية والذي كان شعاره الحرية (Liberté) والإخاء (Fraternité) والمساواة (Egalité) . ونبحث هنا مضمون هذا المذهب ثم نعرض لتقديره .

---

(١٣٨) يحيى ص ٢٨ .

(١٣٩) خضر رقم ١٩ ص ص٣٠ : ٣١ والمهدي ص ٧٣ .

(١٤٠) سلامة رقم ١١ ص ٣٤، والبدراوي رقم ١٧ ص ٣٥ ، وفرج رقم ٩٤ ص ١٠٤ والوكيل رقم ٣٤ ص ٤٤ وكامل رقم ١٥ ص ٣٢ .

(١٤١) واسمه بالكامل Karl MARX وهو فيلسوف واقتصادي ألماني ولد في مدينة Treves سنة ١٨١٨ وتوفي سنة ١٨٨٣ : قاموس لاروس ، سابق الإشارة إليه ص ١٣٩٦ (انظر لاحقاً دراستنا للنظرية الماركسية في بيان أصل القانون في الباب الأخير من هذا الكتاب) ص ٤٠٢ وما بعدها.

(١٤٢) يسمى مذهبه كذلك بالمذهب الاجتماعي (كيره رقم ٩١ ص ١٧١) أو الجماعي (مرقس رقم١٩ ص٣٥.

١ – **مضمون المذهب** : أنصب بيان اللجنة السابقة على تصور للدولة الألمانية عقب التوحيد ، فنادي ماركس ومن معــه بتملــك الدولــة للأراضـــي المملوكــة للإقطاعيين وبتحول ديون الفلاحين إلى الدولة واستيلاء الدولة على وسائل النقــل بحجة أن الفرد لم يخلق المجتمع وإنما هو وليد المجتمع[١٤٣]، وراجت أفكاره إثــر هزيمة ألمانيا في حربين متتاليتين[١٤٤].

وقد كان ماركس يرى أن تحقيق الأمن والتآخي والمساواة رهين بتدخل الدولة لكفالة التوزيع العادل للآباء حتى يتسني لكل فرد أن يســاهم فـــي تحقيــق الخيــر للمجتمع ، فتحمي الدولة بذلك الضعفاء من المحتكرين والشركات الكبرى[١٤٥].

خلاصة القول أن المذهب الاشتراكي يعني بالمجتمع ويسخر الفرد لخدمته[١٤٦] بحكم كونه ذرة غير مرئية في تكوين المجتمع[١٤٧]، ويجعل الأصل هــو انتشــار القواعد الآمرة دون المكملة[١٤٨].

ونشير إلى أن هذا الفكر لم يجمع عليه الاشتراكيون جميعاً ، بل انقسموا فيمـا بينهم بشأن حق الملكية الفردية : فقيدها بعضهم احتراماً للوظيفة الاجتماعية للحق، ورأي البعض الآخر ضرورة إلغائها وقصر ملكية وسائل الإنتــاج علـــى الدولــة وحدها[١٤٩].

٢ – **تقدير المذهب** : يقتضي تعرضنا لتقدير المذهب الإشــارة إلـــى مزايــاه وعيوبه على النحو الآتي:

أ – **المزايا:** ينسب إلى دعاة المذهب الاشتراكي فضل بيــان أوجــه قصـــور المذهب الفردي من إهدار لحقوق الجماعة، والتأكيد على قيمة الفرد من خلال دعاة الفردية . وهذا ما أدى إلى ضخ دماء جديدة في شرايين مبادئ الحرية والمساواة ،

---

(١٤٣) جمعة ص ٨٥ .
(١٤٤) القاضي ص ص٣٦ : ٣٧ .
(١٤٥) يحيى ص ٣٠ .
(١٤٦) السنهوري وأبو ستيت رقم ١٦ ص ٢٤ ، وكيره رقم ٩١ ص ١٧١ .
(١٤٧) جمعة ص ٨٥ .
(١٤٨) الوكيل رقم ٣٦ ص ٥٠ .
(١٤٩) يحيى ص ٣٠ وكامل رقم ١٦ ص ص٣٣ : ٣٤ .

فأصبحت اجتماعية وليست فردية مما كفل للأفراد التمتع بالمساواة الفعلية والقانونية في آن واحد[١٥٠]، فأصبح العدل بين الأفراد قائما على أساس واقعي[١٥١] تحميه الدولة[١٥٢] .

ب- **العيوب** : يؤخذ على المذهب الاشتراكي إسرافه وتطرفه في حماية الجماعة على حساب الفرد إلى حد يهدد مبدأ الحرية الفردية ويضعف الحافز الشخصي للأفراد[١٥٣] مما يزكي روح التواكل بين أفراد المجتمع وينذر بطغيان الحاكم وتدخله في نشاطات الأفراد المختلفة تحت ستار تغليبه لمصلحة الجماعة على مصلحة الفرد[١٥٤] على الرغم من أن دوره هو الموازنة بينهما فحسب[١٥٥] .

والرأي عندنا أن المذهب الاشتراكي، على عكس ما كان يقال[١٥٦]، لا يعيش الآن مجده ويفقد كل يوم جديداً من الأرض، كما تقتضي الأمانة العلمية أن نشير إلى أن المذهب السائد في دول العالم ليس فردياً صرفاً أو اشتراكياً صريحاً وإنما هو عبارة عن مزيج بينهما [١٥٧] يستهدف تقديس حرية الفرد دون مساسه بصالح المجتمع ، فهو إذن مذهب وسيط بين الفردية المطلقة والاجتماعية المسرفة [١٥٨]. وهنا نتساءل عن موقف المشرع المصري من هذين المذهبين ؟ ترد الإجابة عن هذا التساؤل فيما ندرسه الآن .

ثالثا : أثر المذهبين الفردي والاشتراكي في القانون المصري : ليس من شك في أن الانتصار إلى أحد هذين المذهبين دون الآخر ليس أمراً ميسوراً، فكل

---

(١٥٠) سلامة رقم ١٢ والبدراوي رقم ١٩ ص ٣٨ .
(١٥١) فرج رقم ٩٧ ص ١٥٩ .
(١٥٢) خضر رقم ٢٥ ص ٣٤ .
(١٥٣) يحيى ص ٣٠ وعبد الباقي ص ٣٢ .
(١٥٤) فهذا التدخل هو أبدا في اتساع ما لاحت للمشرع مصلحة تعود على المجتمع : السنهوري وأبو ستيت رقم ١٦ ص ٢٤ والمهدي ص ٨١ .
(١٥٥) سلامة رقم ١٣ ص ٣٧ .
(١٥٦) انظر في هذا الصدد ما كان يقال في الستينات من هذا القرن :سلامة رقم ١٠ ص ٣١ وانظر في نفس المعنى أبو السعود ص ٤٢ .
(١٥٧) انظر في الموازنة بين العدل العام والعدل الخاص : كيره رقم ٩٣ ص ص ص ١٧٥ : ١٧٦ .
(١٥٨) الوكيل رقم ٣٤ ص ٤٥ وبدير ص ٤٦ .

منهما له مزايا وعيوب كما رأينا . وبديهي أن المشرع المصري لم يكن بمنأي عن هذه الحقيقة فربط نفسه بالمتغيرات الفكرية في مراحلها المختلفة : فمر بمرحلة الفردية ثم مرحلة الاشتراكية ، ومازالت هذه المرحلة عميقة التأثير في قوانينه المختلفة التي صدرت قبل دخول مصر مرحلة الانفتاح الاقتصادي بعد سنة ١٩٧٣ وتبنيها التدريجي لمذهب الاقتصاد الحر احتراما لشروط صندوق النقد الدولي لجدولة الديون وتخفيف أعبائها. وهذا كله يحتاج إلى بعض التفصيل :

أ – **مرحلة سيادة المذهب الفردي** :صدرت المجموعات القانونية المختلطة سنة ١٨٧٥م ثم الأهلية سنة ١٨٨٣م في شكل ترجمة أمينة ، لا تخلو من بعض التصرف ، من جانب المترجم للمجموعات الفرنسية التي كانت مطبقة في ذلك الوقت ، وكانت المجموعات المختلطة تحكم النزاعات التي يكون أحد أطرافها مصرياً أو تتضمن مصلحة لأجنبي ولو كانت بين مصريين، في حين كانت المجموعات الأهلية تنطبق على الأهالي المصريين فيما لا تنطبق عليه المجموعات المختلطة .

وكان الملاحظ على هذه المجموعات كلها اتصافها بالفردية التي كانت سائدة في فرنسا آنذاك ، فكان مبدأ سلطان الإرادة في أوج مجده وأبهي عصوره وكان له المشرع من المقدسين . ومفاد هذا المبدأ احترام الإرادة وجعلها وحدها صاحبة السلطان في إبرام التعاقدات وإلغائها ، فليس بوسع أي فرد ، ولو كان القاضي، أن يعدل ما ارتضته الإرادة مهما تعدلت الظروف أو تبدلت الأحوال . بإيجاز كان المتعاقد ملتزماً بتعاقده ولا يستطيع التحلل منه لأي سبب من الأسباب .

ب – **مرحلة سيادة المذهب الاشتراكي** : هبت رياح الاشتراكية على مصر قبل ثورة الجيش سنة ١٩٥٢ التي أيدها الشعب وساندها ، وتجلى ذلك عند صدور التقنين المدني الحالي في ١٦ من يوليه/تموز سنة ١٩٤٨ [١٥٩]،

---

(١٥٩) صدر بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٤٨ وعمل به اعتباراً من ١٥ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٤٩ وأشارت مذكرته الإيضاحية صراحة إلى أن المشروع لا يقدس حرية الفرد إلى أن يضحي من أجلها بمصلحة الجماعة ولا يجعل من سلطان الإرادة المحور الذي تدور عليه الروابط القانونية بل هو يوفق ما بين حرية الفرد ومصلحة الجماعة. ثم هو بين الفرد والفرد يترك القوي يصرع الضعيف بدعوى وجوب احترام الحرية الشخصية ، فليس الفرد حراً في أن يتخذ مما هيأته له النظم الاجتماعية والاقتصادية من قوة تمكنة ليتعسف ويتحكم ... وبذلك يكون المشروع قد سجل بأمانة ما تمخض عنه القرن العشرين من مبادئ مقررة في العدل الاجتماعي ، فهو يحمل طابعاً قوياً من حضارة العصر ومدنية الجيل : مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني ، الجزء الأول ، ص ٢٥.

فتبني المشرع أفكارا تقدمية اشتراكية الطابع : فحرم على الفرد أن يتعسف في استعمال حقه (نظرية التعسف في استعمال الحق) وفتح الباب أمام مراجعة القضاء للعقود عند وجود استغلال من أحد الطرفين للآخر عند إبرام العقد أو طروء ظروف طارئة لاحقة على ذلك . ومع هذه الثورة صدرت عدة تشريعات اشتراكية السمة والمضمون ، فصدرت تشريعات الإصلاح الزراعي(١٦٠) وتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر(١٦١) والعمال

(١٦٠) صدر المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الإصلاح الزراعي فجعل ملكية الفرد للأرض الزراعية كحد أقصى مائتي فدان وأطلق ملكية الأسرة ثم صدر القانون ٢٤ لسنة ١٩٥٨ مقيدا ملكية الأسرة المكونة من زوج وزوجة وأولاد قصر بثلاثمائة فدان إذا آلت الزيادة إليهم أو إلى بعضهم بطريق التعاقد مستثنيا من ذلك الحالات التي تمت قبل العمل بهذا القانون أي قبل ٢٩ من أبريل/نيسان سنة ١٩٥٨ وفي سنة ١٩٦١ صدر القانون رقم ١٢٧ محددا ملكية الفرد بمائة فدان ومطلقاً على ما كان يبدو ملكية الأسرة من كل قيد ، ثم صدر القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ مجيزاً صراحة زيادة جملة ما تملكه الأسرة من الأراضي الزراعية وما في حكمها على مائة فدان وبشرط الا تزيد ملكية أي فرد فيها على خمسين فدانا: انظر في تفصيل ذلك الأستاذ الدكتور أحمد سلامة ، القانون الزراعي . مكتبة عين شمس سنة ١٩٧٥ ، ص ص٦٤ : ٦٦ .ونشير إلى قانون جديد (رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢ بتعديل أحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالإصلاح الزراعي، الجريدة الرسمية، العدد ٢٦ مكرر (أ) في ٢٨ من يونيه/حزيران سنة ١٩٩٢ ص ص ٣: ٧) استهدف أساساً إنصاف المؤجر فعدل قيمة الأجرة السنوية للأراضي الزراعية وأنهى عقد إيجار الأراضي الزراعي نقداً أو مزارعة السارية وقت العمل بأحكام هذا القانون بانتهاء السنة الزراعية ٩٦/ ١٩٩٧، مالم يتفق الطرفان على غير ذلك ، وجعل للمؤجر إذا رغب في بيع الأراضي المؤجرة قبل إنقضاء هذه المدة كان للمستأجر أن يختار بين شرائها بالسعر الذي يتفق عليه ، أو أن يخلي الأرض بعد تقاضيه من المؤجر مقابل التنازل عن المدة المتبقية من العقد ، على أن يحسب هذا المقابل بأربعين مثل الضريبة العقارية المقررة عن كل سنة زراعية ، أو أن يستمر مستأجراً للأرض إلى حين انتهاء السنة الزراعية ١٩٩٧/٩٦.

(١٦١) صدر أولا قانون رقم ١٩٩ لسنة ١٩٥٢ مخفضاً لأجرة الأماكن المنشأة قبل أول يناير/كانون الثاني سنة ١٩٤٤ بنسبة ١٥% ابتداء من أجرة شهر أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٥٢ ثم القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٨ الذي خفض هذه الأجرة بنسبة ٢٠% فيما يتعلق بالمساكن المنشأة منذ ١٨ من سبتمبر/أيلول سنة ١٩٥٢ ابتداء من شهر يوليه/تموز سنة ١٩٥٩ ثم القانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٦١ الذي خفض بدوره أجرة الأماكن المنشأة بعد العمل بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٨ بنسبة ٢٠% وفي سنة ١٩٦١ صدر قانون آخر برقم ١٦٩ معفياً من الضريبة على المساكن ومخفضاً للأجرة بمقدار هذا الإعفاء . وتأكدت نية المشرع في التضحية بمصالح المالك لحساب المستأجر مفترضاً استغلال الأول للثاني بالقوانين أرقام ٥٢ لسنة ١٩٦٩ و٤٩ لسنة ١٩٧٧ و١٣٦ لسنة ١٩٨١ ، وهناك مشروعا جديدا قد يرى النور في وقت قريب يروج له واضعوه بأنه يوازن بين مصالح المستأجرين والملاك دون أن يغلب إحداها على الأخرى . ونشير إلى صدور القانون =

وأرباب الأعمال[١٦٢] والتأمينات الاجتماعية[١٦٣] وبدأت الثورة في تزكية هذا الاتجاه الاشتراكي فأممت البنوك والشركات الصغيرة والكبيرة وكونت ما يسمى بالقطاع العام الذي لا يستطيع عادل أن ينكر وجوده كقوة اقتصادية عظيمة في بلادنا بغير أن ينادي بضرورة تطويره وتحريره من أغلال الروتين ولو عن طريق نقل ملكيته أو إدارته إلى الأشخاص الخاصة طبيعية كانت أو اعتبارية (وهو ما يعرف باسم الخصخصة أو التخصصية Privatisation/Privatization ، دون افتئات على حقوق الشعب [١٦٤].

= رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ (الجريدة الرسمية ، العدد ٤ مكرر أ في ٣٠ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٦) والذي نص فيه صراحة على انطباق أحكام القانون المدني فيما يتعلق بتأجير الأماكن اعتباراً من الأول من فبراير/شباط سنة ١٩٩٦ في شأن الأماكن الخالية أو المفروشة أو في شأن استغلالها أو التصرف فيها ، حيث استبعد تطبيق القوانين الخاصة بتأجير الأماكن على الأماكن التي لم يسبق تأجيرها أو التي انتهت عقود إيجارها قبل العمل بهذا القانون في أول فبراير/شباط سنة ١٩٩٦ أو التي تنتهي بعده لأي سبب من الأسباب دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها طبقاً للقانون .

(١٦٢) قانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ المعدل بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ الذي لم يبخل المشرع في تعديله بصورة دورية بعد ذلك .

(١٦٣) القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٥٩ المعدل بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ الذي عدل بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٧ .

(١٦٤) صدر قانون قطاع الأعمال العام ليضع نهاية لمشكلات القطاع العام بصورته الحالية : أنظر القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ بإصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام (الجريدة الرسمية ، ع رقم ٢٤ في ١٩ من يونيه/حزيران سنة ١٩٩١) ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٥٩٠ لسنة ١٩٩١ (الجريدة الرسمية ع ٤٤ (تابع) في ٣١ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٩١) ، وكذلك قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٩٠٠ لسنة ١٩٩١ بنماذج العقود الابتدائية والأنظمة الأساسية لشركات قطاع الأعمال العام: الشركات القابضة والشركات التابعة لها (الجريدة الرسمية، ع ٢ (تابع) في ٩ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٢) . وانظر في شأن عملية نقل الملكية أو الإدارة من القطاع العام إلى القطاع الخاص واستخدام مصطلح الخصخصة (الأستاذ الدكتور أحمد محرز ، النظام القانوني لتحول القطاع العام إلى قطاع خاص "الخصخصة" القاهرة سنة ١٩٥٥ ، ص ٥ هامش رقم ٢) وينوه سيادته بأن عملية الخصخصة تتم في مصر استناداً إلى دليل يسمى بـ "دليل الإجراءات والإرشادات العامة لبرنامج الحكومة لتوسيع قاعدة الملكية وإعادة الهيكلة وحوافز العاملين والإدارة" صادر من المكتب الفني لوزير قطاع الأعمال في ١٤ من فبراير/شباط سنة ١٩٩٣ ، وينتهي سيادته إلى أن هذا الدليل "لم يصدر في صورة تشريع ملزم بالمعنى الواسع ، فلا هو قانون ولا هو قرار تنفيذي ، إنما هو في رأينا عبارة عن خطة عمل لا ترقي إلى مرتبق القرارات الإدارية" وهو ما يستدعي إصداره في شكل قانون أو قرار من وزير قطاع الأعمال العام ليأخذ صورة التشريع (نفس المرجع رقم ٩٦ص١١٦).

وصدرت دساتير مصر مؤكدة للغزو الاشتراكي :

دستور ١٦ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٥٦، نص على أن التضامن الاجتماعي أساس المجتمع المصري (مادة ٤) وعدم جواز تعارض استخدام رأس المال الخاص مع الخير العام للشعب (مادة٩) وأن الملكية الخاصة مصونة وينظم القانون وظيفتها الاجتماعية (مادة١١).

دستور ٥ من مارس/آذار سنة ١٩٥٨، وهو دستور الوحدة المصرية السورية، ردد ما ورد في دستور سنة ١٩٥٦ .

دستور ٢٥ من مارس/آذار سنة ١٩٦٤، نص على أن الأساس الاقتصادي للدولة هو النظام الاشتراكي الذي يحظر أي شكل من أشكال الاستغلال بما يضمن بناء المجتمع الاشتراكي بدعامة الكفاية والعدل (مادة ٦) وأن الملكية الخاص مصونة ولها وظيفة اجتماعية ولا تنزع إلا للمنفعة العامة مقابل تعويض (مادة ١٦).

دستور ١١ من أبريل/نيسان سنة ١٩٧١ ، ردد هذا الدستور أن الأساس الاقتصادي للبلاد هو النظام القائم على الكفاية والعدل مما يحول دون الاستغلال ويهدف إلى تذويب الفوارق بين الطبقات ، وأن الاقتصاد القومي ينظم وفقا لخطة تنمية شاملة وأن الشعب يسيطر على أدوات الإنتاج (مادة ٤) ، وجاءت المادة ٢٩ مؤكدة على أن الملكية تحت رقابة الشعب وتحميها الدولة وينظم القانون أداء الملكية الخاصة لوظيفتها الاجتماعية وخدمتها للاقتصاد القومي في إطار خطة التنمية دون انحراف أو استغلال مع عدم جواز تعارضها مع الخير العام للشعب[١٦٥].

دستور ١٧ من سبتمبر/أيلول سنة ١٩٧١، وهو دستور اتحاد الجمهوريات العربية وهو في مجموعه لا يخرج عن دستور سنة ١٩٧١ وقد ورد في مادته رقم

(١٦٥) انظر كذلك على سبيل المثال المواد ٣٣ : ٣٥ بشأن الملكية الخاصة وحظر نزعها أو تأميمها إلا للصالح العام ومقابل تعويض والمادة ٣٦ التي تحظر المصادرة العامة للأموال وتجيز المصادرة بحكم قضائي والمادة ٣٧ التي تعين الحد الأقصى للملكية الزراعية بما يضمن حماية الفلاح والعامل الزراعي من الاستغلال وما يؤكد سلطة تحالف قوي الشعب العاملة على مستوي القرية وكذلك المادة ٣٨ التي تجعل النظام الضريبي يقوم على العدالة الاجتماعية .

١٢ نص صريح يفيد حرمة الحياة الخاصة في حدود القانون بما لا يتعارض مع حق المجتمع في الملكية العامة والتعاونية . ويبدو تأثير الفكر الاشتراكي في مقدمة هذا الدستور التي ورد فيها أن هدف القومية العربية هو بناء نظام ديمقراطي واشتراكي يحمي حقوق المواطن ويصون حرياته الأساسية ويدعم سيادة القانون .

ويبقي أن نتساءل عن مصير هذا المذهب الاشتراكي بعد أن اتجهت مصر إلى اقتصاد السوق وتبنت سياسة التخصيصية (أو الخصخصة)، كما سبق القول[١٦٦]، وبدأت في تحجيم دور الدولة في كل شيء لصالح القطاع الخاص عملا بقول شائع منسوب إلى (خورتشوف) عندما كان سكرتيراً عاما للحزب الشيوعي في الاتحاد السوفيتي (سابقا) وهو " أن البقرة التي يملكها الفرد تدر من اللبن أكثر من البقرة التي تملكها الحكومة " . وهذا كله يؤكد أن أحداً لا يستطيع أن يدعي بغير أفول المذهب الاشتراكي [١٦٧].

(١٦٦) انظر سابقاً ص ٤٧ وهامش رقم (١٥٨) عاليه .

(١٦٧) في هذا المعنى صدر قانون إنشاء الجامعات الخاصة (قانون رقم ١٠١ لسنة ١٩٩٢ الجريدة الرسمية ، العدد ٣١ (تابع) في ٣٠ من يوليه/تموز سنة ١٩٩٢ ص ص ١١: ١٤) .

الفصل الثاني

تقسيمات القواعد القانونية

توجد عدة تقسيمات للقواعد القانونية[١٦٨] لعل أشهرها وأكثرها انتشاراً هو التقسيم الروماني العتيق إلى قواعد قانون عام وقواعد قانون خاص . وهناك تقسيم آخر إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة . ونبحث الآن معيار هذين التقسيمين ومضمونهما .

المبحث الأول

قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص

(Règles du droit Public et Règles du droit privé)

قسم الرومان قواعد القانون – كما سبق أن قلنا – إلى قواعد قانون عام (Jus publicum) وقواعد قانون خاص (Jus privatum). ومازال هذا التقسيم قائماً

(١٦٨) نذكر على سبيل المثال تقسيم القانون إلى قانون موضوعي يضم القواعد المبينة للحقوق والواجبات من حيث وجودها ونطاقها وجزاء مخالفة الواجبات ، وقانون إجرائي أو شكلي يشمل مجموعة القواعد المنظمة لنشاط الأفراد والعاملين بالدولة لتنفيذ القواعد الموضوعية جبراً إذا لم تنفذ اختياراً. وفي حين ينقسم القانون الموضوعي إلى قانون عام وقانون خاص ، لا ينقسم القانون الإجرائي أو الشكلي إلى أية أقسام لأنه يقتصر على إجراءات لخدمة القانون الموضوعي بقسميه . وينقسم القانون كذلك إلى تقسيم ثان وهو قانون خارجي ينظم المجتمع الدولي أو مجمع العالم وقانون داخلي ينظم الحياة داخل الدولة (انظر في عرض ذلك :السنهوري وأبو ستيت رقم ١٨٩ ص ٢٥٩ منصور رقم ٢٠ ص ص٤٢ : ٤٣ ، ويفضل سيادته أن يقسم القانون كله إلى خارجي وداخلي ثم يكون التقسيم إلى عام وخاص تقسيماً ثانوياً) وينقسم القانون كذلك إلى قانون مكتوب وهو القواعد المكتوبة وقانون غير مكتوب وهو العرف الدارج (انظر في عرض ذلك : يحيى ص ٥٥) ، ويقسمها البعض تقسيماً رابعاً من حيث القوة إلى قواعد جامدة يحقق القاضي شروطها ويطبقها مثل قاعدة تحريم التعامل في التركة المستقبلة ، وقواعد مرنة للقاضي سلطة تقدير شروطها بالإحالة إلى معايير معينة كمعيار الخطأ والعناية (تقسيم مشار إليه لدى القاضي ص ١١٣) وكان الفقهاء المسلمون يتعرضون إلى تقسيمات أخص من ذلك دون إدراجها تحت قانون عام أو خاص (القاضي ص ١١٠) .

حتى الآن(١٦٩) ونعرض هنا للمعايير التي قيلت في تبرير هذه التفرقة ثـم لأهميـة إجراء هذه التفرقة وأخيراً نعرض لفروع القانونين العام والخاص .

المطلب الأول
معايير التفرقة

تعددت المعايير التي قيلت لضبط التفرقة بين قواعد القـانون العـام وقواعـد القانون الخاص وأهمها: معيار ينظر إلى أطراف العلاقة القانونية ، ومعيار يجري التفرقة على أساس تفرقة بين قواعد القانون الآمر وقواعد القانون المكملة ، ومعيار ثالث يتخذ من غاية القانون أو طبيعة المصلحة المبتغاة معيـاراً لهـذه التفرقـة ، ومعيار رابع ينظر إلى صفة أطراف العلاقة . وهذا كلـه يحتـاج إلـى بعـض التوضيح على النحو الآتي :

أولا : معيار أطراف العلاقة(١٧٠) :

أ – **مضمون المعيار** : اعتبار القاعدة القانونية من قواعد القـانون العـام إذا كانت الدولة أو أحد فروعها طرفاً فيها ، أما إذا كان الأطراف من الأفراد كانت من قواعد القانون الخاص. ومفاد ذلك اتخاذ أطراف العلاقة معياراً في التفرقة .

٢ – **تقدير المعيار** : هذا المعيار صحيح في ظاهره وفي النتائج المترتبة عليه في أغلب الفروض إلا أنه من العسير اعتباره صحيحاً على إطلاقه(١٧١) . فـالواقع أن الدولة (أو فروعها) قد تتدخل في العلاقة ليست بوصفها صاحبة سيادة بل كفرد عادي ، في هذا المقام لا يتصور اعتبار العلاقات القانونية المتمثلة فـي البيـع أو الشراء أو الإيجار أو غير ذلك علاقات قانون عام إذا كانت الدولة بوصفها فـرداً عادياً طرفاً فيها .

---

(١٦٩) كيره رقم ٢٥ ص ٥٨ .

(١٧٠) هذا هو الذي قال به المفكر العظيم مونتسيكو واسمه بالكامـل : Charles De Secondat baron DE LA BREDE et DE MONTES QUIEU وولد في بلدة Bordeaux في مدينـة Château de la Brede سنة ١٦٨٩ م وتوفي سنة ١٧٥٥ م : (قاموس لاروس ، سابق الإشـارة إليـه ص ١٤٢١) في كتابه الأشهر (Esprits des Lois, Vol.1, p.g) .

(١٧١) كيره رقم ٢٦ ص ٥٩ .

ثانيا : معيار القواعد الآمرة والقواعد المكملة[١٧٢]:

١ – **مضمون المعيار** : يرى أنصار هذا المعيار أن قواعد القانون العام كلها آمرة ، في حين أن قواعد القانون الخاص مكملة ، فيرون أن القانون العام مرادف للخضوع والقهر والمتمثل في قدرة السلطة العامة على تنفيذ قراراتها بالقوة الجبرية ، أما القانون الخاص فهو قانون الحرية بمعنى أنه لا مجال فيه للقهر والجبر . ويضربون لذلك مثلا بالمالك الذي يريد توسيع أرضه بضم قطعة مجاورة إليها : فإذا كان المالك فرداً عادياً فلا مجال أمامه سوي التراضي مع جاره وإفراغ ذلك في عقد ما، أما إذا كان المالك دولة فإنه سينزع ملكية الجار بقرار إداري نظير تعويض مالي .

٢ – **تقدير المعيار** : يفترض أصحاب هذا المعيار أن قواعد القانون العام كلها آمرة وأن قواعد القانون الخاص كلها مكملة وهو افتراض خاطئ فكما سنري أن كلا من هذين القانونين يتضمن قواعد آمرة ومكملة في آن واحد .

ثالثا : معيار غاية القانون (أو طبيعة المصلحة المبتغاة) : [١٧٣] :

١– **مضمون المعيار** : يرى أصحاب هذا المعيار أن غاية القانون العام هي تحقيق الصالح العام أما غاية القانون الخاص فهي تحقيق الصالح الخاص .

٢– **تقدير المعيار** : يعيب هذا المعيار إغفاله أن تحقيق المصلحة العامة يتضمن تحقيقاً لبعض مصالح خاصة أيضاً، علاوة على أن القواعد القانونية سواء كانت منتمية إلى القانون العام أو القانون الخاص تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، فقواعد القانون كلها – كما يقال[١٧٤] – عبارة عن مزيج من الرغبة في التوفيق بين الصالح العام والصالح الخاص[١٧٥].

---

(١٧٢) انظر في عرض ذلك : كامل رقم ٢٩ ص ٦٦ .

(١٧٣) انظر في عرض ذلك كامل رقم ٢٩ ص ٦٠ وأبو السعود ص ص١٦٤ : ١٦٥ .

(١٧٤) الوكيل رقم ٤١ ص ٦١ .

(١٧٥) ويهذب البعض (أبو السعود ص ص١٦٤ : ١٦٥) هذا المعيار بوضع تعريف خاص للمصلحة العامة ، فكل القواعد القانونية لديه تحقق مصلحة عامة غير مباشرة ، أما المصلحة العامة المباشرة فلا تحققها سوي قواعد القانون العام وحدها وبذلك يكون القانون عاماً إذا كان أحد أطراف العلاقة القانونية سلطة عامة تسعي إلى تحقيق المصلحة العامة المباشرة ، وتباشر نشاطها لتحقيق هذا الهدف باعتبارها سلطة عامة تتمتع بحق السيادة المقرر للدولة ، كما تستعمل وإن لم تستعمل بالفعل) في مباشرة هذا النشاط لتحقيق هذا الغرض وسائل القانون العام وامتيازاته ، ويكون القانون خاصاً فيما عدا ذلك .وبناء على معيار المصلحة تنقسم العلاقات القانونية في =

رابعا : معيار صفة أطراف العلاقة [(١٧٦)]:

١- **مضمون المعيار** : تعد قواعد القانون العام القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة أو أحد فروعها طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان ، أما قواعد القانون الخاص فهي كل قاعدة قانونية تنظم العلاقات التي تنشأ بين أفراد عاديين أو التي تكون الدولة أو أحد فروعها بوصفها شخصاً عادياً طرفاً فيها مع شخص عادي .

٢- **تقدير المعيار** : يعد هذا المعيار نتيجة منطقية لاعتبار القانون العام قانون السيطرة أو الخضوع ، والقانون الخاص قانون المساواة أو التوازن ، ففي القانون العام يتعامل الأفراد على أساس السلطة أما في القانون الخاص فهم يتعاملون على أساس المساواة[(١٧٧)] .

وهذا المعيار في تقديرنا يعد تنقيحاً[(١٧٨)] للمعيار التقليدي الأول وهو أطراف العلاقة ، فهو ينظر إلى أطراف العلاقة من زاوية الصفة التي يتمتع بها كل طرف، فتكون الدولة أو أحد فروعها طرفاً في علاقة قانون عام إذا تعاملت بوصفها صاحبة سيادة وتكون طرفاً في علاقة قانون خاص إذا تعاملت بوصفها فرداً عادياً[(١٧٩)] . فهو بذلك يتفادى أوجه قصور المعايير الأخرى المقترحة ، ويتسم بالوضوح واليسر في التطبيق ، وهذا هو المعيار الذي كتب له الشيوع في الفقه الحديث[(١٨٠)] .

= المجتمع من حيث طبيعتها إلى علاقات قانونية ذات طبيعة عامة (أي مضمونها تحقيق مصلحة عامة مباشرة وعلاقات ذات صبغة قانونية خاصة (أي لا يحقق مضمونها مثل تلك المصلحة العامة المباشرة) ونحن نعتقد في صعوبة التفرقة بين المصلحة العامة المباشرة والمصلحة العامة غير المباشرة ، ونري أن القول بأي ضابط في هذا الشأن لن يكون إلا تحكمياً يفتقر إلى المنطق .

(١٧٦) الشرقاوي رقم ١٢ ص ٣٩ ، والوكيل رقم ٧٠ ص ١٠٥، وفرج رقم ١٦ ص ٣٨ ، والجمال والعدوي ص ٢٤ ، وعبدالباقي ص ٨٠ ، ومنصور رقم ٢٣ ص ٤٦ ، وحجازي رقم ٢٠٧ ص ص٢٧٧ : ٢٧٨ وتناغو رقم ١١٥ ص ص٥٦٤ : ٥٦٥ ، والإهواني رقم ٩٢ ص ٧٨، ونجيده ص ٥٦ وكامل رقم ٨ ص ٦٧.

(١٧٧) تناغو رقم ١١٥ ص ٥٦٥ .

(١٧٨) كيره رقم ٢٦ ص ٦١ .

(١٧٩) ١٦٩) مع ذلك يذهب أصحاب المذهب البلشفي إلى أن القانون كله يعد عاماً لتدخل الدولة في الحرية الفردية تدخلاً شديداً : انظر في عرض ذلك القاضي ص ١٩ هامش رقم ٢٢١ .

(١٨٠) يعتبر البعض هذا المعيار الذي يؤيده الفقه الحديث الآن نقطة بداية صالحة للوصول إلى معيار أسلم ، فيقول إنه يخفي وراءه المعيار الحقيقي بالتسليم وهو معيار طبيعة العلاقة القانونية نفسها ذلك أن صفة الأطراف فيها إنما تستمد من هذه الطبيعة ومن هنا يقول إن القانون العام هو الذي يحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة في الجماعة أو يتعلق بتنظيم السلطات العامة فيها أما العلاقات القانونية غير المتصلة بهذا الحق أو المسائل غير المتعلقة بهذا التنظيم يحكمها القانون الخاص (كيره ٢٦ رقم ص ٦١) وينوه سيادته في موضع آخر (رقم ٤٠ ص ٧٧) بأن المناط في تحديد طبيعة قانون من القوانين يكون بطبيعة قواعده الأساسية الأصلية بالنظر إلى ما تحكمه=

المطلب الثاني

أهمية التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص

تتجلى الأهمية العملية للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص في عدة وجوه أهمها : النزاعات بين الدولة والأفراد ، والملكية ، والعمل بالدولة والقطاع العام ، والعقود ، والامتيازات التي يحتج بها على الطرف الآخر ونفصل في غير إسهاب هذه الوجوه :

١- **النزاعات بين الدولة والأفراد** : عند وقوع نزاع بين الدولة والأفراد تختص المحاكم الإدارية به نظراً لتعلقه بإحدى روابط القانون العام بالمقابلة للمحاكم العادية التي تختص بالنزاعات الفردية [١٨١].

٢- **الملكية** : تخضع الأموال العامة (أو الدومين العام) لقواعد متميزة عن القواعد التي تخضع لها الأملاك الخاصة بالأفراد . فلا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو اكتساب ملكيتها بوضع اليد أو مضي المدة (أي التقادم المكسب) .

٣- **العمل بالدولة والقطاع العام** : يخضع العاملون المدنيون بالدولة[١٨٢] والقطاع العام[١٨٣] إلى قواعد خاصة تختلف عن القواعد التي تحكم علاقة رب

= من موضوعات ، رغم ما قد يكون لبعض قواعده المساعدة أو التكميلية من طبيعة مختلفة . ونحن لا ننكر على هذا المعيار منطقيته ولكننا نأخذ عليه صعوبة تعريف ما يتعلق بحق السيادة في الجماعة بغير لجوء إلى التحكم . وهذا ما يقر به صاحب هذا المعيار عندما يقول بأن التفرقة ما بين القانون العام والخاص هي تفرقة مرنة تخضع في الزمان والمكان لما يعتبر وما لا يعتبر من حق السيادة في الجماعة (كيره رقم ٢٨ ص ٦٤) .

(١٨١) انظر لاحقاً دراستنا لجهات القضاء ص ٢٤٦ وما بعدها .

(١٨٢) ينظم ذلك القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ (الجريدة الرسمية ٢٠ من يوليه/تموز سنة ١٩٧٨ ، العدد ٢٩ تابع (ب) والمعدل بالقوانين أرقام ١٠٨ لسنة ١٩٨١ (عمل به اعتباراً من ٩ من يوليه/تموز سنة ١٩٨١) ، و ١١٤ لسنة ١٩٨١ (عمل به اعتباراً من الأول من يوليه/تموز سنة ١٩٨١) ، و ١١٧ لسنة ١٩٨٢ (عمل به اعتباراً من ٦ أغسطس/آب سنة ١٩٨٢ و ٣١ لسنة ٨٣ وعمل به اعتباراً من الأول من يوليه/تموز سنة ١٩٨٣ ، و١١١ لسنة ٨٣ (وعمل به اعتباراً من ١٢ من أغسطس/آب سنة ١٩٨٣) و ١١٥ لسنة ١٩٨٣ (وعمل به اعتباراً من ١٢ من أغسطس/آب سنة ١٩٨٣ (تشريعات المحاماة ، ملحق العددين الثالث والرابع ، س ٦٦ مارس/آذار ، وأبريل/نيسان ١٩٨٦سنة ص ٦ هامش رقم ١ و ٢) وانظر سابقاً هامش ١٥٧ ص ٤٧ .

(١٨٣) ينظم ذلك القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٨ (الجريدة الرسمية العدد ٢٩ تابع ب في ٢٠ من يوليه/تموز سنة ١٩٧٨) وأنظر سابقاً هامش رقم ١٥٧ ص ٤٧.

العمل بعماله من خلال عقد عمل[١٨٤] فردي أو جماعي .

٤- **العقود** : تخضع العقود الإدارية لقواعد مختلفة عن القواعد التـي تحكـم العقود العادية بحكم اختلاف طبيعة الأفراد المعاقدة في هاتين الحالتين .

٥- **الامتيـازات** : تتمتع الدولة بامتيازات خاصة في مواجهة الأفراد لا يعرفها الآخرون في علاقاتهم الخاضعة للقانون الخاص . مثال ذلك حق جهة الإدارة فـي الحجز الإداري بدون حكم قضائي مسبق ونزع ملكية الأفراد بدون رضاهم نظيـر تعويض مالي عادل تقدره ، وحقها في إصدار لوائح إدارية تحكم علاقاتها بـالغير دون حاجة إلى الحصول على موافقة الفرد العادي المتعاقد معها .

المطلب الثالث

الفروع المختلفة للقانونين العام والخاص

يتفرع عن القانون العام والخاص عدة قوانين استناداً إلى المعيار الـذي أيـدنا الأخذ به وهو معيار طبيعة أطراف العلاقة ، فيتفرع عن القانون العـام: القـانون الدستوري، والقانون الإداري، والقانون المالي، والقانون الجنائي والقانون الـدولي العام ، أما القانون الخاص فيتفرع عنه القانون المدني، والقانون التجاري، والقانون البحري، والقانون الجوي ، وقانون العمل وقانون المرافعات المدنية والتجاريـة ، والقانون الزراعي والقانون الدولي الخاص .

ونشير بداية إلى أن هذه التفرقة غير جامدة، فقد أدى العهد الاشتراكي الحديث إلى تداخل قواعد العام والخاص بحيث أصبح للدولة صاحبة السيادة مكانة متميـزة في فروع القانون الخاص كلها[١٨٥]، فتولت التعليم والصحة والنقل والري والإنارة

(١٨٤) صدر قانون العمل الحالي بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ وعدل عدة مرات أهمها بالقانون رقـم ٣٣ لسنة ١٩٨٢ بالنسبة لبعض مواد قانون الإصدار رقم ١٣٧ لسـنة ١٩٨١ والمـواد ٣ و٦٧ و٧١-٧٤ من قانون العمل الصادر به ثم عدل بالقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٨٢ بإضافة فصل رابع للباب الثاني تنظم أحكامه إلحاق العاملين المصريين بالعمل في الخارج وبالقانون رقم ١٠٥ لسـنة ١٩٨٧(انظر في تفصيل التطور التشريعي لقانون العمل : د.فتحي عبد الصبور، الوسيط في قانون العمل ، طبعة خاصة بنادي القضاة/القاهرة ، رقم ٢٤ ص ٤١ هامش رقم (١) .

(١٨٥) البدراوي رقم ٣١ ، ومرقس رقم ٢٧ ص ص٦٨ : ٦٩ ورقم ٤٩ مكرر ص ١١٥ ، وسلامة رقم ٢٧ ص ٦٧ والعطار رقم ٣٩ ص ص ١٠٩ : ١١٠ وكامل رقم ٢٩ ص ٦٨ .

والشرب والتغذية . وهذا هو ما يجعلنا نقيم هذه التفرقة بالنظر إلى الغرض الأساسي منها والصفة الغالبة لقواعدها[١٨٦] احتراما لمنطق التفرقة التقليدية للقانون وتصنيفه إلى عام وخاص[١٨٧] .

أولا : فروع القانون العام (Branches du droit public) :

يقصد بفروع القانون العام مجموعة القواعد القانونية المنظمة للعلاقات التي تكون الدولة أو أي من أشخاصها الاعتبارية (كالمحافظات والمدن وبعض المصالح الحكومية) طرفا فيها باعتبارها صاحبة سيادة . وله فرع خارجي وهو القانون الدولي العام وفروع داخلية وهي القانون الدستوري والقوانين الإدارية والمالية والجنائية .ونعرض هنا للفروع الداخلية ثم للفرع الخارجي الوحيد .

١ – **القانون الدستوري** [١٨٨] :(Droit Constitutionnel)[١٨٩]: ويتمثل في

---

(١٨٦) كيره رقم ٢٨ ص ص٦٣ : ٦٤ .

(١٨٧) يمكن تقسيم القانون العام إلى فرعين عام خارجي ويضم القانون الدولي العام وعام داخلي ويضم القانون الدستوري والإداري والمالي ، ونترك للقانون الخاص نموذجه الصحيح والنقي وهو القانون المدني ، ثم نضم باقي القوانين إلى قسم نسميه القوانين المختلطة أي التي تجمع بين صفات القانون العام والخاص وهي قوانين موضوعية (التجاري والبحري والجوي والعمل والتأمين الاجتماعي) والإجرائي (الجنائي والمرافعات) والدولي الخاص : انظر في العرض التفصيلي لهذا التقسيم ابو السعود ص ص ١٩٤ و ٣٣٦ وما بعدهما .

(١٨٨) لفظة دستور مأخوذة من الفارسية وتعني في اللغة الأساس أو القاعدة (الشرقاوي رقم ١٥ هامش رقم ٢ ص ٤٢) وتفصيل ذلك إنه مصطلح فارسي مركب من "دست" أي "يد" و "ور" أي صاحب "ويراد به قاعدة أساسية يرجع إليها كدفتر اسماء الجند ومجموع قوانين الدولة ، وقد يطلق على الوزير الكبير أيضاً مرادفه سُنَّة : الأستاذ طوبيا العنيسي ، تفسير الألفاظ الدخيلة في اللغة العربية مع ذكر أصلها بحروفه ، دار العرب البستاني الفجالة القاهرة ، ص ص ٢٧ : ٢٨ ويسمى كذلك القانون النظامي (مرسي ومصطفى رقم ٧٥ ص ٧٥) ، أو التشريع الرئيسي أو التأسيسي أو التنظيمي، (عبدالباقي رقم ٩٣ ص ١٤٥) ، أو التشريع الأساسي ، (القاضي ص ١٣٤، ويحيى ص ٧٧، والمهدي ص ٣٥ ، وخضر رقم ١٢٦ ص ١٤٦ ، والبدراوي رقم ١١٣ ص ١٧٨ ، وكيره رقم ١٢٨ ص ٢٣٢ ومرقس رقم ٧٤ ص ١٧٥) بوصفه أساساً للقواعد القانونية العادية والفرعية (تناغو رقم ١٦٦ ص ٥٦٦) وهذا هو أيضا سبب تسميته بالتشريع الوضعي الأساسي أو الأعلى (العطار رقم ٨٩ ص ١٩٣) .

(١٨٩) ظهر هذا المصطلح لأول مرة سنة ١٨٣٤ في فرنسا ولم يستخدم في مصر إلا بعد صدور دستور سنة ١٩٢٣ وقبل ذلك كان يسمى بالقانون الأساسي أو النظامي أو نظام السلطات العمومية (انظر في تفصيل ذلك أستاذنا الدكتور محمد حسنين عبدالعال ، القانون الدستوري ، دار النهضة العربية، سنة ١٩٧٥ ص ١١ و ١٢) .

مجموعة القواعد التي تحدد شكل الدولة ونظام الحكم فيها (ديمقراطي أو ديكتاتوري أو ملكي أو نيابي أو غير نيابي)[١٩٠] والهيئات التي تباشر عن طريقها الدولة وظائفها المختلفة واختصاص كل منها وعلاقاتها ببعضها، علاوة على القواعد المبينة لحقوق الأفراد قبل الدولة مثل الحق في حرية الرأي والعقيدة والمساواة في أداء التكاليف الوطنية وتولي الوظائف العامة .

ونميز عادة بين نوعين من الدساتير بالنظر إلى طريقة تعديلها وهما الدساتير الجامدة والدساتير المرنة : فيقصد بالدستور الجامد الدستور الذي لا يمكن تعديله بغير إجراءات خاصة غير مألوفة بالنسبة لتعديل التشريعات العادية مثل الاستفتاء الشعبي ، أما الدستور المرن فهو الدستور الذي يقبل التعديل بتشريع عادي دون اتباع إجراءات خاصة كما سنري لاحقاً.

وقد ثار التساؤل حول مدى جدارة الدستور بوصف القانون[١٩١]:

فذهب البعض إلى أن الدستور ليس بقانون لتخلف الجزاء على مخالفته ، فلا يمكن تصور توقيع الدولة لجزاء على نفسها.

وذهب البعض الآخر[١٩٢] بحق إلى أن وجود سلطات متعددة داخل الدولة يجعل لكل منها دوراً رقابياً على الأخرى ، وهذه الرقابة المتبادلة هي التي تكفل توقيع الجزاء عند المخالفة فتتمتع السلطة التنفيذية بحق حل المجلس التشريعي ، ويتمتع المجلس التشريعي بحق إسقاط الحكومة التنفيذية ، وللقضاء سلطة إلغاء التشريعات المخالفة للقانون أو الامتناع عن تطبيقها. فإذا تعذر توقيع هذا الجزاء عند المخالفة كان مشروعاً تدخل الشعب بوصفه مصدراً للسلطات جميعاً لفرض احترام الدستور بالوسائل السلمية والثورية[١٩٣] كما أن للشعب إجبار المخالف على الاستقالة أو عدم

---

(١٩٠) يحيى ص ٣٩ .

(١٩١) انظر في عرض هذا الخلاف : القاضي ص ص ١٠٣ : ١٠٤ ، والبدراوي رقم ١٠٩ ص ٧٦ وكامل رقم ٣٣ ص ص ٧٤ : ٧٥.

(١٩٢) البدراوي رقم ٣٩ ص ٧٨، وكيره رقم ١٤ ص ٣٩ و ٣٢ ص ٦٧: ٦٨، ومرقس رقم ٣٧ ص ص٨٢:٨١ ، والوكيل رقم ٤٥ ص ٦٧ ، والشرقاوي رقم ١٥ ص ٥٠ ، وزكي رقم ٩٩ ص ١٧٨ ، والعطار رقم ٣١ ص ص٩٠:٨٩، وأبو السعود ص ص١٤٤:١٤٣ وحسن ص ٨٥ .

(١٩٣) منصور رقم ٢٧ ص ص٥١ : ٥٢، ويحيى ص ٤٠، والسنهوري وأبو ستيت رقم ١٩٨ ص ص٢٦٦ : ٢٦٧ ، والجمال والعدوي ص ص١٦ : ١٧ وص ٣٥ ، والشرقاوي رقم ١٥ ص ص٤٤ : ٤٥، وجمعة ص ص٥٠ : ٥١ ، وسلامة رقم ٣١ ص ٧٢، والإهواني رقم ٢١ ص ص٢٠ : ٢١ ، وبدير ص ص٦٣ : ٦٤ ، ونجيده ص ٢٧ وص ص٦٣ : ٦٤ وكامل رقم ٣٣ ص ص٧٤ : ٧٥ .

إعادة انتخابه أو محاكمته فور ارتكابه المخالفة أو بعد تركه للسلطة[١٩٤] وانتصار الشرعية[١٩٥] .

٢- **القانون الإداري** (Droit Administratif)[١٩٦]: ويقصد به مجموعة القواعد المنظمة لنشاط السلطة التنفيذية لدي قيامها بوظيفتها الإدارية ، فإن كان القانون الدستوري يتكفل ببيان سلطات الدولة المختلفة واختصاصاتها وكيفية تأديتها لوظائفها فإن القانون الإداري هو الذي يحدد هذه الأحكام[١٩٧] ويوضح العلاقات بين الهيئات المباشرة لهذه السلطات وينظم تكوين هذه الهيئات ويُفَصِّل اختصاصاتها بغرض عدم حدوث تداخل أو تشابك فيما بينها . كما يدخل في نطاق القانون الإداري تنظيم التعيين والترقي والعزل بالنسبة لموظفي هذه الهيئات وبيان قواعد الفصل في المنازعات بين الإدارة والأفراد . ويلاحظ أن نطاق القانون الإداري في تطور واتساع مستمرين فهو متطور بتطور الحياة الاجتماعية ذاتها ، كما أن نطاقه يتسع كلما اتسع نشاط الدولة[١٩٨] .

ولم يكن في مصر قضاء إداري [١٩٩] حتى سنة ١٩٤٦ الذي صدر فيه قانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ المنشئ بمجلس الدولة والمحاكم الإدارية، وبمقتضاه أيضاً أصبح للقضاء الإداري وحده الحق في إلغاء ووقف تنفيذ القرارات الإدارية المخالفة وليس فقط التعويض عنها، كما كان الحال قبل إنشاء القضاء الإداري [٢٠٠].

ونشير إلى أن أحكام هذا القانون لا تضمها مجموعة قانونية واحدة بل هي

---

(١٩٤) جمعة ص ١٢٩ .
(١٩٥) يؤكد البعض وجود بعض قواعد القانون الدستوري المجردة من أي جزاء يكفل احترامها بحيث تعد قواعد قانونية ناقصة بفضل اندماجها في النظام القانوني : تناغو رقم ٢٧ ص ص٨٠ : ٨١ .
(١٩٦) منصور رقم ٢٨ ص ٥٢ ، والقاضي ص ص ١٠٨ : ١٠٩ ويحيى ص ٤٠ .
(١٩٧) انظر في تداخل قواعد القانون الدستوري والإداري :البدراوي رقم ٤١ ص ٨٠ ويحيى ص ٤٠ .
(١٩٨) سلامة رقم ٣٢ ص ٧٥ .
(١٩٩) انظر لاحقاً دراستنا لمجلس الدولة ص ٢٦٥ وما بعدها .
(٢٠٠) أكدت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها صدر في ٢٥ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٨٧ (مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، المكتب الفني لمجلس الدولة، س ٣٢ ق، رقم ١٠٦ ص ٦٩٠) على اختصاص مجلس الدولة بكل المنازعات الإدارية حتى ولو لم تتخذ شكل قرارات إدارية .

عبارة عن قوانين مختلفة تنظم شتات المسائل السابقة [٢٠١]. فيوجد على سبيل المثال قانون للعاملين المدنيين بالدولة وآخر للعاملين بالقطاع العام وثالث للمعاشات ورابع للحكم المحلي وخامس لنزع الملكية للمنفعة العامة ، كما توجد لوائح للتنظيم والمرور[٢٠٢] . وليس معنى ذلك أن القضاء الإداري لا يطبق سوي أحكام هذه القوانين واللوائح على ما يعرض عليه من منازعات ولكنه يلجأ إلى المبادئ العامة ونصوص القانون المدني وقانون المرافعات المدنية والتجارية في شأن مالم يرد به نص في التشريعات الإدارية المختلفة وذلك بالقدر الذي يتلاءم مع طبيعة علاقات القانون العام[٢٠٣].

٣- **القانون المالي** (Droit Financier): ويقصد به مجموعة القواعد المنظمة لمالية الدولة[٢٠٤] . وتتكفل هذه القواعد ببيان موارد الدولة وكيفية جبايتها وطرق إنفاقها وأوجه صرفها وكل ما يتعلق بتنظيم ميزانية الدولة .

ولايجب أن يلحق القانون المالي بالقانون الإداري كما كان الحال لفترة طويلة سابقة[٢٠٥] ، لأنه وإن كان القانون المالي ينظم الجانب المالي لنشاط الإدارة فإن

---

(٢٠١) فرج رقم ٢٦ ص ٥٢ ويحيى ص ٤٢ ونؤكد أن القضاء الإداري كثيراً ما يلجأ إلى القانون المدني ليطبق قواعده على روابط القانون العام ، وإن كانت هذه القواعد ".. لا تطبق وجوباً على روابط القانون العام إلا إذا وجد نص خاص يقضي بذلك ، فإن لم يوجد فلا يلتزم القضاء الإداري بتطبيق القواعد المدنية حتماً وكما هي، وإنما تكون له حريته واستقلاله في ابتداع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ في مجال القانون العام بين الإدارة في قيامها على المرافق العامة وبين الأفراد ، فله أن يطبق من القواعد المدنية ما يتلاءم معها، وله أن يطرحها إن كانت غير متلائمة معها ، وله أن يطورها بما يحقق هذا التلاؤم" : محكمة القضاء الإداري، ٣٠ من يونيه/حزيران سنة ١٩٥٧ ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، المكتب الفني لمجلس الدولة ، س ١١ ، رقم ٣٧٧ ص ٦٠٧ وما بعدها .

(٢٠٢)انظر في علاقة التأثير المتبادل بين وجود القانون الإداري ووجود القضاء الإداري الذي يقوم بخلق هذا القانون وتطبيقه : تناغو رقم ١٦٤ ص ٥٥٧ .

(٢٠٣)مرقس رقم ٣٩ ص ٨٥ . وانظر في التنويه بالقانون الإداري الدولي (Droit public international) الذي ينظم العلاقة فيما بين الدول وبعض المنظمات الدولية مثل التنظيمات الدولية للاتصالات والملكية الفكرية والتعاون الاقتصادي والقضائي :

op.cit.,Introduction Génerale.., GOUBEAU et FABRE-MAGNAN, GHESTIN,No. 99 p.71.

(٢٠٤) البدراوي رقم ٤٣ ص ٨٢ وجمعه ص ١٣١ ص ص ٤٢ – ٤٣ .

(٢٠٥) منصور رقم ٢٩ ص ٥٣ .

اتساع نطاقه وتعـدد مـوضـوعاتـه [٢٠٦] يجعـل لــه ذاتـيــة منفصــلة لاسـيما وأن صـلته بالقانـون الخـاص أكثر قـربـا [٢٠٧] من صلته بالقـانون العام[٢٠٨] .

٤ – **القانون الجنائي** (Droit criminel) [٢٠٩] ويقصد به مجموعـة القواعـد المحددة للجرائم المؤثمة قانوناً والعقوبات المقررة لكل منها والإجراءات المتبعة في ملاحقة المتهمين ومحاكمتهم، فهو بذلك يتضمن نوعين من القواعد وهما القواعـد العقابية والقواعد الإجرائية للمتهمين ومحاكمتهم، فهو بذلك يتضمن نـوعين مـن القواعد وهما القواعد العقابية والقواعد الإجرائية :

أ – **القواعد العقابية وتعرف باسم قانون العقوبـات** (Droit Pénal) وتضـم مجموعة القواعد المحددة للجرائم والعقوبات مصاغة في حدود ضـيقة (حتـي لا تصبح شباكاً أو شراكاً يلقيه المشرع متصيداً باتساعها أو بخفائها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها) [٢١٠] ، وهي ذات قسمين : قسم عام وآخر خاص :

(١) **القسم العام** ويشمل القواعد العامة للمسئولية الجنائية بوجه عـام وتقسـيم الجرائم إلى جنايات وجنح ومخالفات ، والعقوبات المقررة لكل منها[٢١١] : فعقوبـة الجناية هي الأشغال الشاقة المؤبدة والأشغال الشاقة المؤقتة والسـجن والإعـدام ، وعقوبة الجنحة هي الحبس والغرامة التي تزيد قيمتها على مائة جنية أما المخالفـة فالعقوبة المقررة لها هي الغرامة التي لا تزيد قيمتها على مائة جنيه . ويبين القسم العام كذلك أحكام العقوبات وسقوطها وحالات الإعفاء منها.

---

(٢٠٦) كيره رقم ٣٤ ص ٦٩ ، ويحيى ص ٤٣ وخضر رقم ٥٧ ص ٧٩ .

(٢٠٧) سلامة رقم ٣٣ ص ٧٥ .

(٢٠٨) ولا ينطبق هذا على القانون الضريبي (Code des impôts / Droit Fiscal) الـذي يعـد فرعـا للقانون العام (تناغو رقم ١٦٨ ص ١٦٩) وانظر في استعراض أهم قوانين الضرائب في مصـر مرقس رقم ٤٠ ص ٨٦ .

(٢٠٩) يحيى ص ص٤٣ : ٤٥ .

(٢١٠) قضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية عليا ، جلسة ٢ ديسمبر/كـانون الأول سـنة ١٩٩٥ ، الجريدة الرسمية ، العدد ٥١ في ٢١ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٥ ، حتى ٢٩١٤ .

(٢١١) ويحكم ذلك مبدأ شهير وهو مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون (Nulla crimen nulla poeno sine lege) : (انظر سابقا هامش رقم ٦٩ ص ٢٩) .

(٢) **القسم الخاص** ويتعلق بالتحديد الموضوعي لأنواع الجرائم من حيث المحل الذي ترد عليه فهي : جرائم ماسة بالشرف والعرض ، كالسب والقذف . وجـرائم ماسة بالجسم ، كالقتل والضرب . وجرائم ماسة بالمال كالسرقة وخيانـة الأمانـة وجرائم ماسة بأمن الدولة ، كالتخابر مع الأعداء وتزييف وتقليد العملة .

ب – **القواعد الإجرائية** وتعرف باسم قانون الإجراءات الجنائيـة (Droit de procedures penales):[٢١٢] ويضم مجموعة القواعد المبنية للإجراءات الواجـب اتخاذها عند وقوع جريمة معينة من تحقيق ومحاكمة وتنفيـذ العقوبـات ، فتبـين اختصاصات سلطات الضبط والتحقيق وتحدد القواعد التي تحكم عملها من حيـث قواعد التحقيق ومدد الحبس الاحتياطي وإجراءات المحاكمة والحكم وقابليته للطعن فيه وتنفيذه .

ويلاحظ أن الرأي السائد في مصر [٢١٣] هو اعتبار القانون الجنـائي بقسـميه العام والخاص فرعاً من فروع القانون العام على أساس أن الجرائم توجه ضد أمن المجتمع والنظام السائد فيه .

مع ذلك فإن الفقه التقليدي[٢١٤] في فرنسا يعتبره فرعاً مـن فـروع القـانون الخاص على أساس أن معظم الجرائم ترتكب ضد حقوق الأفراد الخاصة الذين لهم في بعض الأحوال تحريك الدعوى العمومية أو التصريح بها كما هو الحـال فـي جرائم السب والقذف والزنا . وهذا الرأي يستحق ما قيل في شأنه من أنـه يغفـل الوضع في القوانين الحديثة التي أصبحت تعتبر كل الجرائم عامـة بمعنـى أنهـا موجهة ضد أمن المجتمع ونظامه وأن توقيع العقاب هو حق مقرر للمجتمع ، أمـا

---

(٢١٢) وكان يسمى قانون تحقيق الجنايات (Droit des instructions criminelles) .

(٢١٣) منصور رقم ٣٠ ص ٥٤، وتناغو رقم ١٧٠ ص ٥٧٤ ، والبدراوي رقم ٤٤ ص ٨٣ وما بعدهما وحجازي رقم ٢٣٩ ص ٣١٤، وكيره رقم ٣٥ ص ٧١ وحسن ص ص٩٠ : ٩٢ .
وانظر أيضاً في فرنسا MM.Henri، Leon، Jean MAZEAUD et François CHABAS، Leçons de droit Civil: 1983 introduction a l'étude du droit، 7 éme édition، Ed Montchrestien No. 24 p. 53. .

(٢١٤) انظر في عرض ذلك سلامة رقم ٤١ ص ص٨٦ : ٨٧ وجمعة ص ١٣٣ وانظر في تأييـد هـذا الرأي :الزيات ص ص١٧٣ : ١٧٤ والوكيل رقم ٥٦ ص ٨١ . وانظر في الإشارة إلى أن نسبة قانون العقوبات إلى القانون الخاص يرجع إلى اعتبارات تقليدية : GOUBEAU et، CHESTIN، MAGNAN. Introduction Générale، op. cit.، No. 73 p. 50 et No. 111 p. 73، FABRE.

الحالات الاستثنائية التي يستند إليها الرأي المعارض في تبرير وجهة نظره فهي حالات استثنائية لا يقاس عليها ولا يتوسع في تفسيرها(٢١٥) .

ويتجه الرأي الحديث بوجه عام في فرنسا إلى التوفيق بين الرأيين السابقين والقول بأن القانون الجنائي هي قانون مختلط : فهو عام لتعلقه بالدفاع عن المجتمع وخاص لتعلقه بمعاقبة الأفراد المنحرفين(٢١٦).

٥- **القانون الدولي العام**(٢١٧) Droit international public / Droit des gens/Jus inter gents) ويقصد به مجموعة القواعد المنظمة للمجتمع الدولي. وينصرف هذا التنظيم إلى عدة أمور أهمها : تحديد معيار اكتساب الدول للشخصية القانونية ومدي اعتبارها كاملة السيادة أو ناقصة السيادة ، والعلاقات بين الدول خصوصاً من حيث تبادل التمثيل القنصلي والسياسي ، وإبرام المعاهدات والاتفاقيات وأساليب فض المنازعات بينها بالطرق السليمة ، وقواعد الحرب المتعلقة بالوسائل المشروعة وحقوق وواجبات الدول المتحاربة ومعاملة أسري الحرب والجرحي . كما يدخل في إطار هذا القانون بيان تشكيل واختصاصات المنظمات الدولية كالأمم المتحدة وهيئاتها المتخصصة مثل مجلس الأمن ومحكمة العدل الدولية والمجلس الاقتصادي والاجتماعي ومنظمة العمل الدولية ومنظمة التربية والعلوم والثقافة (اليونسكو) والمنظمة العالمية للملكية الفكرية (ويبو / أومبي) (٢١٨).

ويثور الخلاف بين الفقهاء(٢١٩) حول مدى جواز اعتبار هذه القواعد قواعد قانونية بالمعنى الصحيح :

---

(٢١٥) تناغو رقم ١٧٠ ص ٥٧٣ .

(٢١٦) انظر في مصر : منصور رقم ٣٠ ص ٥٤ ، وسلامة رقم ٤١ ص ص ٨٥ : ٨٦ والإهواني رقم ١٠٠ ص ٨٣ . وفي فرنسا :

M.Ph. MALAURIE N. 73PP. 49..، 1994 /1995، Ed. GUJAS ،Introduction Générale،

(٢١٧) يرى البعض أن المنطق يقتضي عدم إدخال القانون الدولي العام في تقسيم القانون إلى عام وخاص لأن مجتمع القانون الدولي العام هو العالم في حين أن مجتمع القانون الداخلي هو الدولة: منصور رقم ٢٥ ص ٤٧.

(٢١٨) يسميها البعض مؤسسة الثقافة العالمية (انظر مثلا : جمعة ص ١٢٣) . ونشير إلى أن هذه التسمية مخالفة للتسمية العربية الرسمية لهذه المنظمة الدولية وهي التسمية الثابتة في المتن .

(٢١٩) انظر في عرض الخلاف القاضي ص ٢٣ و ٩٩و١٠١ وكامل رقم ٣٢ ص ٧٠ - ٧١ وبدير ص ٦٠ هامش رقم ٢

فيرى البعض[٢٢٠] أن غيبة الهيئة التشريعية العليا التي تسن القوانين الملزمة والسلطة العامة الموقعة للجزاء يجعل من العسير الاعتراف لهذه القواعد بوصف القواعد القانونية. وبيان ذلك أن هيئة الأمم المتحدة لا تصدر إلا مجرد توصيات غير ملزمة تتمتع الدولة بحرية الدخول والخروج منها . كما أن قواعد القانون الدولي العام تفتقد ركن العموم فهي ملزمة حين يكون الحق في جانب الدولة القوية، وغير ملزمة حين يكون الحق ثابت للدولة الضعيفة[٢٢١].

ويرى أنصار الاتجاه الغالب[٢٢٢] أن القانون الدولي العام يعد تشريعاً عرفياً – بحسب الأصل – ملزماً، رغم عدم وجود هيئة تشريعية ملزمة ، وأن غيبة السلطة العليا المالكة لتوقيع الجزاء إبان العصر البدائي لم تحل دون تحقيق العدالة الخاصة، فكان المعتدي عليه يقتص من المعتدي مباشرة .

وجدير بالذكر أن أسلوب توقيع الجزاء يتعلق بمدى ما بلغه التنظيم القانوني من ضبط وإحكام لا بوجود القانون ذاته . وهذا ما يجعلنا نقول مع القائلين[٢٢٣] إن القانون الدولي العام هو قانون ناقص لم يبلغ نهاية التطور الذي بلغه القانون الداخلي وإن كنا نعتقد في أن وجود محكمة العدل الدولية وما تتمتع به توصيات

---

(٢٢٠) تناغو رقم ٢٧ ص ٨٢ وعبد الباقي ص ٨٥ ويرى سيادته أن قواعد القانون الدولي العام وسط بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق .

(٢٢١) انظر في عرض ذلك : القاضي ص ٢٣ .

(٢٢٢) مرسي ومصطفى رقم ١٥ ص ٢٣ ، ومنصور رقم ٢٦ ص ٥٠، ومرقس رقم ٣١ ص ص٧٢ : ٧٣، والجمال والعدوي ص ١٦ وص ٢٦، وزكي رقم ١٠٨ ص ص١٨٣ : ١٨٤، وخضر رقم ٥٢ ص ص٧٢ : ٧٤، ويحيى ص ٣٨ ، وفرج رقم ٢٠ ص ٤٤ ، وكيره رقم ٣٠ ص ٦٥ وأبوالسعود ص ص ١٤٤ : ١٤٥ وحسن ص ٨٠ : ٨٢ .

(٢٢٣) فهو قانون لا يزال في عهد طفولته ويخطو خطوات سريعة نحو التنظيم بخطي أوسع من تلك التي خطاها غيره من فروع القانون (سلامة رقم ٣٠ ص ٧١) . وفي نفس المعنى : مرقس رقم ٣١ ص ٧١، وصفوت ص ٨٦ ، وشنب رقم ٤١ ص ٦١ ، وتناغو رقم ٢٧ ص ٨٣ ، والوكيل رقم ١٥ ص ٢٢ ورقم ١٧١ ص ٥٧٦، وزكي رقم ١٠٨ ص ص١٨٣ : ١٨٤، والإهواني رقم ٢٢ ص ٢١، ونجيده ص ٢٧وحسن ص ص٨٠ : ٨٢، وإن كنا نعتقد في أن هذا القانون يخطو خطي سريعة نحو النضوج.

الجمعية العامة للأمم المتحدة من قيمة أدبية عظيمة وما تحظي به قرارات مجلس الأمن من قوة إلزامية بالإضافة إلى الجزاءات المحتملة المتمثلة في توجيه اللوم والمقاطعة الاقتصادية وقطع العلاقات الدبلوماسية والمعاملة بالمثل وإعلان الحرب المشروعة(٢٢٤) يدفعنا إلى تأكيد اعتبار القانون الدولي العام قانوناً بالمعنى الصحيح – لاسيما بعد تعاظم دور مجلس الأمن في الآونة الأخيرة ، في ظل سيطرة وهيمنة الولايات المتحدة الأمريكية وإقدامه على التدخل العسكري لتنفيذ قراراته بالقوة ،

---

(٢٢٤) جمعة ص ١٢٦ ، وخضر رقم ٣٢ ص ٧١ وكامل رقم ٣٢ ص ٧١، ونشير إلى التطور الخطير الذي حدث في هذا الصدد، فقد أصدر مجلس الأمن قراراً بتحرير الكويت بالقوة العسكرية ضد العراق عند احتلاله للكويت، وقراراً بفرض الحظر الجوي والبحري على ليبيا لرفضها تسليم المتهمين في حادث تفجير طائرة تابعة لشركة بان أمريكان (قضية لوكيربي) إلى الولايات المتحدة الأمريكية لإجراء المحاكمة فيها (وهو ما يجعل من الولايات المتحدة الأمريكية خصماً وحكماً وجلاداً ويلقي ظلالاً من الشك حول عدالة المحاكمة المنتظرة) كذلك صدر قرار مجلس الأمن بالتدخل في الصومال لتأمين وصول المعونات إلى أهلها والقبض على المسئولين عن مصرع عدد من جنود القوات الدولية . على أية حال فإن هذه القرارات غير المسبوقة تؤكد أن تطوراً جديداً في دور الأمم المتحدة قد حدث، وتتعاظم أهمية هذا الدور بعد تداعي الاتحاد السوفيتي وضعف حكومة روسيا الاتحادية التي حلت محله ، ولاشك في أن ما يسمى بالنظام العالمي الجديد الذي أدى إلى هذا التطور لا يقوم على العدل والعدالة بقدر قيامه على احترام المصالح المتبادلة بين الدول الكبرى؟!. أو بعبارة أخرى أدق احترام مصالح القوة العظمى الوحيدة في العالم الآن وهي الولايات المتحدة الأمريكية (انظر سابقا ص ص ٢٧ :٢٨) .

وينوه أستاذنا الدكتور مفيد شهاب (ندوة مصر... إفريقيا ، أقامها اتحاد الحقوقيين المصريين في كلية حقوق القاهرة في الفترة من ٢٣ – ٢٤ من يونيه/حزيران سنة ١٩٩٣) أن مجلس الأمن لن يكف دوره عن التزايد في عالم القطب الواحد الذي نعيشه الآن ويضيف أن مجلس الأمن لا يجب أن يصبح لعبة في يد الولايات المتحدة الأمريكية وإنما يجب أن يخضع للقانون ويؤكد سيادته على أن محكمة العدل الدولية قد جعلته فوق القانون عندما رفضت أن تستجيب لطلب ليبيا اتخاذ إجراءات تحفظية لمنع التدخل الأمريكي الأوربي لإجبارها على تسليم المتهمين في قضية لوكيربي على الرغم من أنها تختص بمحاكمتهما طبقا لاتفاقية مونتريال الحاكمة للنزاع ، بحجة أن المحكمة لا تستطيع أن تتدخل بعد أن صدر قرار مجلس الأمن بتسليم المتهمين . كما أضاف سيادته أن أجندة السلام التي أعدها الأمين العام للأمم المتحدة الأستاذ الدكتور بطرس بطرس غالي وعرضها على الأمم المتحدة في يونيه/حزيران سنة ١٩٩٢ تعد وثيقة غاية في الأهمية وتشير إلى التطور الإيجابي المرتقب في هيكل الأمم المتحدة وآلياتها وفعاليتها في ظل الأوضاع الدولية الراهنة ، وقد أكد الحاضرون على أن العالم يعيش الآن في وضع عالمي جديد (السفير عبد العزيز عزت) أو وضعية عالمية جديدة (د . هناء كريم) وليس في نظام عالمي جديد لأن وجود ذلك النظام يعني وجود قواعد وأسس يقوم عليها، وأن كلمة نظام système لا يجب أن تترادف مع كلمة ordre عند الترجمة إلى اللغة العربية(جلسة الخميس ٢٤من يونيه/حزيران سنة ١٩٩٣) .

ورد ضعف الجزاء على مخالفته في كثير من الأحوال إلى عيب في النظام الاجتماعي الذي يطبق القانون في ظله وليس إلى غيبة القوة الإلزامية للقانون نفسه[٢٢٥].

ثانياً : فروع القانون الخاص(Branches du droit privé) :

يقصد بالقانون الخاص مجموعة القواعد المنظمة للعلاقات بين الأفراد أو فيما بينهم وبين الدولة . ويلاحظ أن الدولة هنا تتدخل بوصفها شخصاً عادياً وليست بوصفها صاحبة سيادة وإلا كنا في نطاق القانون العام[٢٢٦].

ويتفرع عن القانون الخاص عدة قوانين هي [٢٢٧] القانون التجاري والبحري والجوي والعمل والتأمينات الاجتماعية والمرافعات المدنية والتجارية والزراعي والدولي الخاص . وكل هذه القوانين تفرعت بدورها عن القانون المدني[٢٢٨] الذي

---

(٢٢٥) البدراوي رقم ٣٥ ص ٧٢ وهذا ما يعبر عنه العميد الشرقاوي بقوله أن وجود السلطة المختصة بتوقيع الجزاء على مخالف القانون ليس أمراً جوهرياً لوجود القانون فالجوهري هو توافر الإلزام أو الإجبار في القاعدة حتى تكتسب وصف القانونية ، أما تنظيم هذا الإجبار بتحديد دقيق لجزاً كل مخالفة وتنظيم سلطة تختص بتوقيع هذه الجزاءات وفقاً لنظام إجرائي محكم فلا يعني إلا كمال صورة القاعدة القانونية وتخلف هذا التنظيم إن كان يعني أنها غير كاملة فلا يمكن أن يعني أنها غير موجودة (المرجع السابق رقم ١٤ ص ص ٤٧ : ٤٨) .

(٢٢٦) منصور رقم ٣١ ص ٥٥ .

(٢٢٧) سلامة رقم ٣٦ ص ٧٨ وما بعدهما . ويوجد تقسيم آخر مختلف يعتبر هذه القوانين فروعاً مختلطة تتجمع فيها قواعد من القانون العام وقواعد من القانون الخاص وإن كانت في الأصل من فروع القانون وتظهر ملامح القانون العام في ثناياها نظراً لتدخل الدولة ، وبمقتضى هذا التقسيم توجد : قواعد مهنية تشمل القانون التجاري والبحري والجوي والعمل والزراعي ، وقواعد جزائية وتشمل القانون الجنائي وقانون المرافعات المدنية والتجارية وقواعد القانون الدولي الخاص : سلامة رقم ٤٢ ص ٨٩ .

(٢٢٨) انظر في تتبع معاني القانون المدني في العصور المختلفة : السنهوري وأبو ستيت رقم ٢١٠ ص ٢٧٦ هامش رقم (١) . وقد عدل القانون المدني الصادر بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ (الوقائع المصرية العدد ١٠٨ مكرر في ٢٩ من يوليه/تموز سنة ١٩٤٨) ولتصحيح المنشور في الوقائع المصرية ، العدد ٦٣ في ٥ من مايو/أيار سنة ١٩٤٩ للمواد ٤٤٣ و ٩٨٩ /٣ و ١١٤٧ /٢ بالقانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ (الوقائع المصرية في ٢٦ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٥٣ ، العدد ١٠٣ مكرر ، والقانون رقم ٣٣١ لسنة ١٩٥٤ (الوقائع المصرية ، العدد ٤٧ مكرر غير اعتيادي ، والقرار بقانون برقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ (الوقائع المصرية، العدد ٥٣ مكرر ج غير اعتيادي في ١٣ من يوليه/تموز سنة ١٩٥٧) ، والقرار بقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ (الجريدة الرسمية ، العدد ٢٠ في ٥ من فبراير/شباط سنة ١٩٥٩) والقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠ (الجريدة الرسمية ، العدد ٣٣ في ١٣ من أغسطس/أب سنة ١٩٧٠) .

يعد أصل القانون الخاص كله[٢٢٩] بحكم اعتباره قانون الحياة الجارية التي لا تتوقف[٢٣٠] . ولبيان ذلك كله نبحث كل فرع من هذه الفروع على حدة .

١- **القانون المدني** (Droit civil) : ويشمل القواعد الموضوعية التي تحكم العلاقات الخاصة بين الأفراد (أو الدولة إذا تدخلت بوصفها فرداً عادياً) إلا ما يدخل منها في نطاق فرع آخر من فروع القانون الخاص . فتنظم هذه القواعد نوعين من الموضوعات وهما الأحوال الشخصية والأحوال المالية أو العينية (أو المعاملات) :

فالأحوال الشخصية: تشمل المسائل المتعلقة بالفرد وعلاقته بأعضاء أسرته ، فتضم على سبيل المثال مسائل النسب والأهلية والزواج والطلاق والميراث والوصية . والواقع أنه لا يوجد تعريف جامع مانع يستقر عليه الجميع في هذا الصدد[٢٣١] وقد جري العمل بين الفقهاء على الإشارة إلى حكم نقض صدر في ٢١ من يونية سنة ١٩٣٤[٢٣٢] في هذا الشأن ، أشير فيه إلى أن : "المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموعة ما تميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب عليها القانون أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية ، ككونه ذكراً أو أنثي ، أو كونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو أبنا شرعياً أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها لسبب من الأسباب القانونية . ويلحق بذلك الوقف والهبة والوصية لقيامها غالباً على فكرة التصدق المندوب إليه ديانة ، وقد لجأ المشرع إلى اعتبارها من مسائل الأحوال

---

(٢٢٩) خضر رقم ٦٠ ص ص٨٣ : ٨٤، وعبد الباقي رقم ٥٥ ص ١٠١ ، وفرج رقم ٢٠ ص ٥٦ ، والجمال والعدوي ص ٢٨ والإهواني رقم ١٠٢ ص ص٨٥ : ٨٦ ، ويسميه البعض القانون السائد (عرفة ص ٢٥٤) أو الشريعة العامة (مرقس رقم ٤٤ ص ٩٩ ويحيى ص ٤٧) أو الشريعة الأصلية أو الغالبة أو العامة في الدولة (عبد الباقي ص ١٠٢) أو القانون الأصلي (الشرقاوي رقم ٧ ص٤٩) .

(٢٣٠) سلامة رقم ٣٤ ص ٧٧ .

(٢٣١) جمعة ص ١٨٩ .

(٢٣٢) المحاماة ، س ١٥ ، ص ص٨٧ : ٨٨ وقد أكدت محكمة النقض (٢٨ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٥) مجموعة المكتب الفني، س ٢٣٦ رقم ١٣٩ ص ٦٦٨، على ذلك في عبارات مختصرة على النحو الآتي""المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الأحوال هي مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً في حياته الاجتماعية لكونه إنساناً، أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية"..

الشخصية كي ما يخرجها من اختصاص المحاكم الدينية التي ليس من نظامها النظر في المسائل التي تحوي عنصراً دينياً ذا أثر في تقرير حكمها" .

وجاءت المادتان ١٣ و ١٤ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩[٢٣٣] بحصر لما يعتبر من مسائل الأحوال الشخصية فنصت المادة ١٣ على أن تشمل الأحوال الشخصية

" ...المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة ، والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها ، والعلاقة بين الأصول والفروع، والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبني ، والولاية والوصاية والقيامة والحجر والإذن بالإدارة والغيبة واعتبار المفقود ميتاً ، وكذلك المنازعات المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت" . أما المادة ١٤ فقد نصت على أن تعتبر الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المصريين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك[٢٣٤]. ورغم إلغاء هذا القانون فإن العمل جري على الإشارة إلى هذا الحصر الوارد فيه لمسائل الأحوال الشخصية" .

الأحوال العينية ، تعد الأمور المتعلقة بالمسائل المالية كلها بحسب الأصل من الأحوال العينية. [٢٣٥] في حين يعتبر كل ما يتعلق بالمقصود بالمال وأنواعه وطرق اكتسابه وانتقاله وانقضائه من الأحوال العينية .

(٢٣٣) ألغي هذا القانون بالقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ الخاص بالسلطة القضائية الذي حل محله ، ثم حل القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ محل هذا القانون ثم صدر قرار رئيس الجمهورية بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية ومازال مطبقاً حتى الآن (نشر القانون الأخير بالجريدة الرسمية ، العدد ٤٠ في ٥ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٧٢) ويلاحظ أن الحصر الوارد في المتن منقول من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة .

(٢٣٤) لوحظ في شأن الهبة ما صار إليه أمرها في حكم القانون المدني الجديد حيث اعتبرت عقداً مدنياً خالصاً ، ومن ثم فقد اقتضى التناسق في التشريع ألا تعتبر في مشروع القانون المرافق من قبيل الأحوال الشخصية . بيد أنه لما كان من الأجانب من تعتبر شريعته الهبة مسألة أحوال شخصية فقد رئي أن تكون الهبة بالنسبة إلى هؤلاء وحدهم مسألة شخصية : المذكرة الإيضاحية لقانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩.

(٢٣٥) انظر حكم النقض المشار إليه في هامش رقم ٢٢٢ ص٥٩.

وكان مقتضى هذا التقسيم التقليدي السائد في كثير من الدول الآن(٢٣٦) أن ينظم القانون المدني هذين القسمين ولكن المشرع استجاب للاعتبارات التاريخية والاجتماعية وترك مسائل الأحوال الشخصية كلها للشريعة الإسلامية والشرائع الملية الخاصة بأهل الذمة من المسيحيين واليهود للارتباط الوثيق لهذه المسائل بالدين. (٢٣٧) .

ونشير إلى أن هناك مشروعاً جديداً للتقنين المدني أنجزته لجان متخصصة سنة ١٩٨١ ليكون مطابقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ولكن النية لا تتجه حالياً إلى إصداره. (٢٣٨) .

٢- **القانون التجاري** (Droit Commercial) : وهو مجموعة القواعد المنظمة للأعمال التجارية أو المعاملات التجارية(٢٣٩) ، فيمكن أن نقول أنه القانون المدني الخاص بالتجار والذي انفصل بسبب زيادة النشاط التجاري والمتضمن قواعد خاصة تتفق مع ما تتطلبه هذه المعاملات من ثقة وسرعة (٢٤٠) . ومن موضوعات هذا القانون (٢٤١) معيار تجارية العمل أو مدنيته ، وتعريف التاجر ، وتنظيم الشركات التجارية ، والملكية التجارية والصناعية ، والأوراق التجارية وهي الكمبيالة والشيك والسند الأذني وقواعد الإفلاس(٢٤٢)، ومن الأمثلة التقليدية

---

(٢٣٦) منصور رقم ٣٢ ص ٥٧.

(٢٣٧) انظر لاحقاً دراستنا للدين بوصفه مصدراً رسمياً احتياطياً أصيلاً في مسائل الأحوال الشخصية ص ١٨٦ .

(٢٣٨) انظر في تشجيع عدم إصدار هذا القانون لكونه نقلاً للقانون المدني الحالي مع عبارات متفرقة من العبارات التي كان يستخدمها الفقه الإسلامي :الإهواني رقم ١٧٤ ص ١٤٠

(٢٣٩) منصور رقم ٣٣ ص ٥٧ وجمعة ص ١٤٠ .

(٢٤٠) يحيى ص ٤٨ .

(٢٤١) يسجل البعض ظهور فرع جديد من فروع القانون الإداري يسمى بالقانون الإداري الاقتصادي ينظم المشروعات العامة وهي مشروعات القطاع العام التي تباشرها في مصر المؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية التابعة لها (تناغو رقم ١٦٧ ص ٥٦٧ و رقم ١٧٣ ص ٥٧٩)

(٢٤٢) يرى البعض أن القواعد التي تنظم الغرف والبورصات التجارية والقواعد التي تقرر حرية التجارة أو تقييدها والتي تحكم التجارة الخارجية والجمارك وغيرها من القواعد التي تعد أكثر اتصالاً بالقانون العام منها بالقانون الخاص تخرج من دائرة القانون التجاري نفسه ، وينتهي إلى الإبقاء على طبيعة القانون التجاري في إطار الموضوعات التقليدية التي استقر الفقه السائد على إدخالها في مضمونه (الوكيل رقم ٥١ ص ٧٤) ، ويبدي سيادته قلقه حول طبيعة القانون التجاري بعد تدخل الدولة في التجارة ويقول إنها مشكلة ليس من اليسير البت فيها بصفة نهائية (الوكيل رقم ٥١ ص ٧٥) . وانظر في ملامح مشروع قانون التجارة الجديد : أستاذنا الدكتور العميد محمود سمير الشرقاوي ، الأحكام المستحدثة في مشروع قانون التجارة ، الأحكام : شركة الخدمات التعليمية ، المجلد السابع ص ٥ وما بعدها .

التي تضرب للدلالة على تميز أحكام القانون التجاري عن أحكام القانون المدني الأمثلة الآتية :

أ ـ **حوالة الحق** : وهي عقد أو اتفاق بين الدائن وشخص آخر على نقل الحق الذي للأول في ذمة مدينه إليه[٢٤٣] ، فتنفذ الحوالة في القانون المدني قبل المدين أو الغير إذا قبلها المدين أو أعلن بها ، أما في القانون التجاري فيكفي التوقيع على الورقة بما يفيد الحوالة .

ب – **الأجل القضائي** : يحق للقاضي المدني أن يمنح المدين أجلاً للوفاء بديونه المستحقة الوفاء إذا وجد من الظروف ما يبرر التأجيل ، أما في المسائل التجارية فليس للقاضي أن يمنح المدين مثل هذا الأجل احتراماً لما يجب أن يسود العلاقات التجارية من ثقة في المعاملات وحرص على مصالح الدائن والمدين .

جـ– **التضامن** : قد يتعدد أحد طرفي الالتزام بحيث يوجد عدة دائنين أو عدة مدينين ، فإذا كان الدائنون متعددين كان التضامن إيجابياً ، أما إذا كان المدينون متعددين كان التضامن سلبياً . والتضامن غير وارد في المسائل المدنية إلا إذا وجد اتفاق أو نص قانوني ، أما في المسائل التجارية فإن هذا التضامن يفترض [٢٤٤].

د – **الإثبات** : ينص قانون الإثبات على قاعدة عامة مفادها ضرورة الإثبات بالكتابة لكل دين يجاوز مبلغ خمسمائة جنيه [٢٤٥]، أما في القانون التجاري فالأصل هو حرية الإثبات بكل طرق الإثبات لمبلغ الدين أيا كانت قيمته، وتعد دفاتر التاجر المنتظمة حجة في هذا الشأن.

هـ– **الإفلاس والإعسار** : يجعل المشرع إجراءات شهر إفلاس التاجر "المفلس" أيسر من إجراءات شهر إعسار المدين المعسر الذي لا ينتمي إلى طائفة التجار ، فيكفل نظام شهر الإفلاس سرعة ويسر الإجراءات حرصاً على صالح الدائن التاجر .

---

(٢٤٣) الإهواني رقم ٣ ص ٢٧.

(٢٤٤) انظر في انطباق قاعدة عدم افتراض التضامن بين الدائنين والمدينين في مجال العقود الإدارية : المحكمة الإدارية العليا ، ٣ من مايو/أيار سنة ١٩٧٥ ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ، المكتب الفني لمجلس الدولة ، س ٢٠ ، رقم ١٠٢ ص ٣٦٥ .

(٢٤٥) قانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ (الجريدة الرسمية ، العدد ١٩ مكرر (أ) في ١٧ من مايو/أيار سنة ١٩٩٩) .

ويلاحظ أن هناك مشروعاً جديداً أنجزته لجنة خاصة شكلت في إطار مجلس الشعب لإعداد مشروع قانون تجاري مطابق لأحكام الشريعة الإسلامية ، ولكن الاتجاه الحالي لا يبشر بإصداره .

٣- **القانون البحري والجوي** (Droit maritime et aérien): يضم القانون البحري مجموعة القواعد المنظمة للملاحة البحرية(٢٤٦) ، أما القانون الجوي فينظم قواعد الملاحة الجوية على التفصيل الآتي :

أ - **القانون البحري** : يشمل هذا المصطلح القواعد المنظمة للملاحة بوجه عام سواء أكانت ملاحة للتجارة أم للصيد أم للنزهة ، وإن كان الغالب أن تكون الملاحة تجارية لذا فإن الدارج تسمية القانون البحري بالقانون التجاري البحري(٢٤٧) أو قانون التجارة البحرية (٢٤٨).

والموضوع الأساسي للملاحة البحرية هو السفينة ، فينظم المشرع ما يتعلق بها من مسائل نظراً لعظم قيمتها وكثرة الأخطار التي تواجهها لدي وجودها بعيداً عن إشراف صاحبها(٢٤٩) فيعالج المشرع على وجه الخصوص العقود المتعلقة بها مثل البيع والرهن والعلاقات التي تنشأ بين الربان وصاحب السفينة وعقد العمل والنقل في مجال البحر ومسئولية الناقل البحري وعقود التأمين المتعلقة بالسفينة أو البضاعة التي عليها وعقد القرض البحري(٢٥٠).

ونشير إلى أن قانوناً جديداً وضع مسودته فقيه فرنسي في الخمسينات وتابعت عدة لجان عملية تنقيحه بصورة دورية ليتفق مع التطورات العالمية في هذا العدد قد صدر مؤخراً ونشر في الجريدة الرسمية في ٣ من مايو/أيار سنة ١٩٩٠(٢٥١).

---

(٢٤٦) يحيى ص ٤٩ ونشير إلى أن للقانون البحري فروعاً تقابل القانون البري فنقول القانون الدولي العام البحري والقانون الإداري البحري والقانوني المالي البحري والقانون الدولي الخاص البحري والقانون الجنائي البحري (تناغو رقم ١٧٤ ص ص٥٨٠ : ٥٨١) .

(٢٤٧) منصور رقم ٣٤ ص ٥٩ والبدراوي رقم ٦٧ ص ١١٤ .

(٢٤٨) عبد الباقي رقم ٦٠ ص ١٠٦ .

(٢٤٩) منصور رقم ٣٤ ص ٥٩ .

(٢٥٠) وتخرج الأحكام الأخرى المتعلقة بالملاحة من تحديد للتبعية القانونية للسفينة وتنظيم المواني والإرشاد فيها ومدي حرية الملاحة البحرية من نطاق القانون البحري البحت وتكون أكثر اتصالاً بالقانون الإداري أو الدولي وفقاً لطبيعة المسألة (الوكيل رقم ٥٢ ص ٧٦) ومنصور رقم ٣٤ ص ص٥٩ : ٦٠ وانظر الهامش السابق رقم ٢٣٥ ص ص٦٣ : ٦٤) .

(٢٥١) قانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ (الجريدة الرسمية) ع١٨ تابع في ٣ من مايو/أيار سنة ١٩٩٠.

ب – **القانون الجوي** : يدور هذا القانون حول الطائرة دوران القانون البحري حول السفينة، فينظم كل ما يتعلق بالطائرة من تسجيل وجنسية وعلاقة لقائدها ومالكها وركابها والمسئولية المترتبة على ما يصيب ما ينقل عليها من ركاب أو بضائع من أضرار ، كما يلحق بذلك ما تسببه الطائرة من أضرار لسقوطها كلها أو سقوط بعض أجزائها على السطح(٢٥٢).

٤– **قانون العمل** (Droit du travail) : ينظم هذا الفرع الحديث للقانون الخاص بقواعد آمرة في الغالب العلاقات بين العامل ورب العمل (٢٥٣) وترجع نشأة هذا القانون إلى أعقاب الثورة الصناعية وحلول الفكر الاشتراكي محل الفكر الفردي والنظر إلى العامل كإنسان وليس بوصفه أداة من أدوات الإنتاج .

ولم يكن ميسوراً الوصول إلى التنظيم الحالي لعلاقات العمل استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة بحكم كون العامل طرفاً ضعيفاً في علاقته مع رب العمل ، لذا كان التدخل التشريعي لازماً لحماية الأول من عسف الثاني(٢٥٤). وقد أدى هذا التدخل المتزايد للدولة في هذا الشأن إلى نصح البعض (٢٥٥) بإعادة النظر في انتماء قانون العمل إلى القانون الخاص(٢٥٦).

٥– **قانون التأمينات الاجتماعية** (Droit de la Sécurité Sociale) : وهو مجموعة من القواعد التي استقلت مؤخراً عن قانون العمل(٢٥٧)، وتستهدف حماية

---

(٢٥٢) جمعة ص ١٤٣.

(٢٥٣) كيره رقم ٤٠ ص ٧٧ وحجازي رقم ٢٢٩ ص ٣٠٤ . وانظر في اعتبار قانون العمل قانون مختلط نظراً لتعاظم دور الدولة بشأنه :

No. 73 p. 50، op. cit.، Introduction Générale،MALAURIE

(٢٥٤) جمعة ص ١٤٤.

(٢٥٥) الوكيل رقم ٥٣ ص ٧٧ وإن كان يلاحظ بحق أن القواعد التي تحكم تنظيم النقابات والتي تخضع روابط العمل لرقابة الحكومة وقواعد التأمين الاجتماعي وضمانه تدخل في نطاق القانون الإداري ولا تجعل من قانون العمل قانوناً مختلطاً .

(٢٥٦) انظر في شرح أحكام عقد العمل الجماعي بالمقابلة لعقد العمل الفردي : د. السيد عيد نايل عوض، قانون العمل الاتفاقي ، (دراسة مقارنة) ، رسالة دكتوراه قدمت إلى كلية حقوق عين شمس سنة ١٩٨٣ ص ٥ وما بعدها .

(٢٥٧) يحيى ص ٥١ .

العامل من إصابات العمل والبطالة والمرض والشيخوخة [٢٥٨]. وتنفــرد جامعتــا القاهرة وحلوان بتخصيص "قسم مستقل" في كليات الحقوق التابعة لهما للتشريعات الاجتماعية،أما باقي كليات الحقوق فتُدرّسها من خلال قسم القانون المدني.

٦- **قانون المرافعات المدنية والتجارية**[٢٥٩] (Droit de Procédures Civiles et Commerciales /Droit Judiciaire Privé): وهو مجموعــة القواعــد المنظمــة للسلطة القضائية والمبينة للقواعد الإجرائية الواجبة الاتبــاع فــي مجــال تطبيــق القانونين المدني والتجاري، وينظم بوجه خاص أحكام تشكيل المحــاكم بــدرجاتها المختلفة، واختصاصاتها والمراحل التي تمر بها الدعوى منذ رفعها حتــى تنفيــذ الحكم الصادر فيها، وطرق الطعن في هذا الحكم[٢٦٠]. وتعد أحكام هذا القانون هي الشريعة العامة في إجراءات التقاضي أيا كان نوعها جنائية، أو إدارية، أو ماليــة مالم يوجد في القوانين المنظمة لهذه الفروع ما يخرج عليها بصريح النص[٢٦١]

ويثور الخلاف بين الفقهاء حول مكان هذا القانون في النظام القانوني[٢٦٢]:

فيرى البعض إدراجه ضمن فروع القانون العام لتعلقه بســلطة عامــة وهــي السلطة القضائية وتبيانه لطريقة قيامها بوظيفتها .

ويعتقد البعض الآخر في دخوله ضمن فروع القانون الخاص لتعلقــه بحقــوق وواجبات أطراف النزاع وآثار إخلال كل طرف بواجباته[٢٦٣].

---

(٢٥٨) صدرت عدة قوانين للتأمينات الاجتماعية أهمها على التوالي أرقام : (٩٢ لســنة ١٩٥٩ ، و ٦٣ لسنة ١٩٦٤ و ٧٩ لسنة ١٩٧٥ ، و ٣٥ لسنة ١٩٧٧ ، و ٤٧ و ٩٣ لسنة ١٩٨٠ . ما بعدهما).

(٢٥٩) يسمى أيضاً قانون نظام القضاء ليشمل جهات القضاء الأربعة : وطني وشــرعي وملــي وإداري (القاضي ص١٠٦) ويقصر البعض التسمية الواردة بالمتن على القواعــد المنظمــة لإجــراءات التقاضي ويعتبرها من فروع القانون الخاص ويفرد فرعاً مستقلاً ينسبه للقانون العام يسميه قــانون النظام القضائي بوصفه منظماً للسلطة القضائية ومعيناً لجهات القضاء المختلفة ويبين اختصــاص هذه المحاكم ويكفل استقلال القضاء (مرقس رقم ٤١ ص ٨٧ وما بعدهما) .

(٢٦٠) يحيى ص ٥١ وجمعة ص ١٤٥ .

(٢٦١) البدراوي رقم ٦٩ ص ١١٧ .

(٢٦٢) انظر عرض ذلك لدى : منصور رقم ٣٦ ص ٦١ .

(٢٦٣) الإهواني رقم ١٠٥ ص ٨٨ ويؤكد البعض (كامل رقم ٤٤ ص ٨٧) إنه قــانون خــاص وإن كانت هناك بعض القواعد التي تنظم السلطة القضائية تتعلق بجانب من نشــاط الدولــة بصــفتها صاحبة سيادة أي أنها تتعلق بالقانون العام .

ويؤكد فريق ثالث[٢٦٤]، نؤيده، أنه من قبيل القوانين المختلطة فهو عام وخاص في آن واحد : فهو عام لتعلقه ببيان أنواع المحاكم وتشكيل كل منها وشروط تنصيب القضاة وحقوقهم وواجباتهم وأحوال مخاصمتهم وقواعد اختصاصهم ، وخاص لاتصاله بالإجراءات الواجبة الإتباع في رفع الدعاوي والسير فيها وتنفيذ الأحكام التي تصدر بشأنها[٢٦٥].

ونشير في نهاية المطاف إلى أن قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالي هو رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وما أدخل عليه من تعديلات وإلى قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الذي ألغي المواد من ٥٠١ : ٥١٣ من قانون ١٣ لسنة ١٩٦٨ كما ألغى أي حكم مخالف لأحكامه ، وبمقتضى هذا القانون أصبح لأطراف أي نزاع ، سواء أكانوا من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص ، أياً كانت طبيعة العلاقة التي يدور حولها النزاع ، إخضاع النزاع لأحكام قانون التحكيم بشأن أي مادة من المواد المدنية والتجارية [٢٦٦].

---

(٢٦٤) تناغو رقم ١٧٧ ص ص٥٨٧ : ٥٨٨ ، وكيره رقم ٤٣ ص ص٨١ : ٨٢، والجمال والعدوي ص ص٣١ : ٣٢ والوكيل رقم ٥٧ ص ٨٢ .

(٢٦٥) انظر في اعتباره من القوانين الجزائية (سلامة رقم ٤٢ ص ٨٧) المختلطة (سلامة رقم ٤٢ ص ٨٩) .

(٢٦٦) الجريدة الرسمية ، ع ١٦ ، تابع ، ٢١ أبريل/نيسان سنة ١٩٩٤ ص ٣ ، وقد بدأ العمل بهذا القانون بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشره ، وكان قانون المرافعات المدنية التجارية قد نشر في الجريدة الرسمية في ٩ من مايو/أيار سنة ١٩٦٨ . أما قانون التحكيم فقد نشر في الجريدة الرسمية ، ع١٦ تابع ، في ٢١ من أبريل/نيسان سنة ١٩٩٤ وعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ (الجريدة الرسمية ، العدد ٢٠ تابع في ١٥ من مايو/أيار سنة ١٩٩٧) بإضافة فقرة ثانية للمادة (١) كالآتي : "وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، ولا يجوز التفويض في ذلك" . مؤدي ذلك أن "الاتفاق على التحكيم في أي عقد مبرم قبل نفاذ القانون المذكور يظل صحيحاً ونافذاً قانوناً دون توقف على موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه" ، و "... شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية هو .. شرط صحيح ونافذ قانوناً ويقتضي الاعتداد به امتناع محاكم مجلس الدولة عن سماع الدعوى والقضاء بعدم قبولها استجابة للدفع الذي يبديه المدعي عليه مؤسساً إياه على وجود شرط التحكيم" : الأستاذ الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي ، مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية : تعليق على فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة الصادرة بجلستها المنعقدة في ١٨ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٦=

٧- **القانون الزراعـــي** (Droit rural ou Droit agraire): ويضـــم مجموعـــة القواعد المهنية التي تخاطب وسطاً اجتماعياً أو مجموعة اجتماعية معينة وهو وسط المزارع أو من يمتهنون الزراعة بالمعنى الواسع[٢٦٧] فهو يَعنـــي بموضـــوعات أربعة[٢٦٨] هي على التوالي : الملكية الزراعية، والاستغلال الزراعي في جوانبـــه المختلفة، وجمعيات التعاون الزراعـــي والائتمـــان الزراعـــي . وتتضـــمن هـــذه الموضوعات بعض الأحكام التي تعد من قواعد القانون العام مثل بعـــض أحكـــام الضرائب الزراعية وبعض الأحكام الوقتية المتعلقة بالإستيلاء على الأرض الزائدة على الحد الأقصى ولكن هذا كله لا ينال من انتمائه إلى القانون الخاص[٢٦٩] بالنظر إلى الغالب من قواعده[٢٧٠].

= بعدم صحة شرط التحكيم في العقود الإدارية (فتـــوى رقـــم ٣٣٩/١/٥٤ فـــي ٩٧/٢/٢٢) ، الأحكام : شركة الخدمات التعليمية ، المجلد السابع ، ص ص١٤٩ : ١٧٤ وبالـــذات ص١٧١ ، وعدل قانون التحكيم مرة أخرى بالقانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠٠ (الجريدة الرسمية ، العدد ١٣ مكرراً في ٤ من أبريل/نيسان سنة ٢٠٠٠ ص ٢٨٣٧) وجعل الاختصاص بالفصل في طلب رد الحكم إلى المحكمة المشار إليها في المادة ٩ من هذا القانون للفصل فيه بحكم غير قابل للطعن، وبـــذلك عدل المشرع عن نص مادة ١٩ السابق الذي كان يجعل المحكم مختصاً بالفصل في طلـــب رده ، وقد أجري هذا التعديل امتثالا لحكم المحكمة الدستورية العليا في ٦ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٩٩ (الجريدة الرسمية ، العدد ٤٦ في ١٨ من نوفمبر/تشرين الثاني ســـنة ١٩٩٩ص ٢٨٣٧) الذي أبطل نص العبارة الواردة بالنسبة (١) من المادة ١٩ من قانون التحكيم التي تنص على .. (فصلت هيئة التحكيم في الطلب) .. وقد قضي في شأن قانون التحكيم بعدم دستورية البند ٣ المادة ٥٨ من قانون التحكيم فيما نص عليه من عدم جواز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكـــيم بما ينطوي عليه من ممايزة بين طالب التنفيذ الذي له التظلم من الأمر الصادر بالتنفيذ ، وحرمان الطرف الآخر في خصومة التحكيم مكنة التظلم من الأمر الصادر بالتنفيذ لينفي في المقابل تـــوافر طلب الأمر بالتنفيذ على الضوابط عينها الواردة في المادة ٣/٥٨ (المحكمة الدســـتورية العليـــا ، جلسة ٦ من يناير/كانون الثاني سنة ٢٠٠١م ، قضية رقم ٩٢ لســـنة ٢١ قضـــائية/دســـتورية ، الجريدة الرسمية ، العدد ٣ في ٢٨ من يناير/كانون الثاني سنة ٢٠٠٢م ص ٢٦٣ .

(٢٦٧) سلامة ، القانون الزراعي ، سابق الإشارة إليه ، رقم ٣ ص ٩.

(٢٦٨) سلامة ، القانون الزراعي ، سابق الإشارة إليه ، رقم ٤ ص ١١ والأستاذ الدكتور سمير كامـــل ، القانون الزراعي ، القاهرة سنة ١٩٨٨ ، ص ٤ .

(٢٦٩) تناغو رقم ١٧٥ ص ٥٨٣ وكامل ، القانون الزراعي ، المرجع السابق ، ص ٦ .

(٢٧٠) انظر ما بشر به البعض من أن قانون الإصلاح الزراعي الصادر في أغسطس/آب ســـنة ١٩٥٢ يعد نواة صالحة لنشوء فرع جديد للقانون الخاص لن يـــبث حتى ينفصل عن القانون المـــــدني : عبد الباقي ص ١١٥ .

٨- **القانون الدولي الخاص**[٢٧١] (Droit international privé): ويشمل مجموعة القواعد المبينة[٢٧٢] للقانون الواجب التطبيق بشأن العلاقات ذات العنصر الأجنبي، فيحدد : الاختصاص القضائي الدولي والقانون الواجب التطبيق على كل طائفة من المنازعات ذات العنصر الأجنبي ، علاوة على تنظيمه لمركز الأجانب ومسائل اكتساب الجنسية وفقدها .

ويختلف الفقهاء حول مكانة هذا القانون بين القسمين الأساسيين للقانون وهما القانون العام والقانون الخاص ، والحق فيما نري أنه قانون مختلط فهو من فروع القانون العام في الشق الخاص بالجنسية ومركز الأجانب ، ومن فروع القانون الخاص في الشق الخاص بتنازع القوانين والاختصاص القضائي[٢٧٣].

---

(٢٧١) تسمية "الدولي" لا يقصد بها سوي تعلقه بمشكلات بين الوطنيين والأجانب ولا تنال من ضرورة اعتباره قانوناً وطنياً داخلياً : السنهوري وأبو ستيت رقم ١٨٩ ص ٢٥٩ هامش رقم (١) وص ٢٨٨ ، وخضر رقم ٦٩ ص ٩٤ ، ويحيى ص ٥٣ والإهواني رقم ١٠٦ ص ٨٩ وحسن رقم ١٠٦ ص ٨٩ .

(٢٧٢) هذه القواعد متفرقة بعضها في القانون المدني وبعضها في قانون العقوبات والباقي في قوانين مستقلة كقانون الجنسية (القاضي ص ٩٦) .

(٢٧٣) منصور رقم ٣٧ ص ٦٤ ، والجمال والعدوي ص ٣٠ ، وفرج رقم ٣٨ ص ٦٧ ، ومنصور رقم ٣٧ ص ٦٤ ، وكيره رقم ٤٢ ص ٨١ ، والوكيل رقم ٥٨ ص ٨٦ ، وسلامة رقم ٤٤ ص ص٩١: ٩٢ ، وتناغو رقم ١٧٨ ص ٥٩٢، والشرقاوي رقم ٢٣ ص ٥٩ وحجازي رقم ٢٥٦ ص ٣٣٨ .

المبحث الثاني

القواعد القانونية الآمرة [274] والقواعد القانونية المكملة [275]

تنقسم القواعد القانونية من حيث قوتها إلى قواعد آمــرة ومكملــة . ومعيــار التفرقة المستخدم[276] هنا هو مدى جواز اتفاق الأطراف على مخالفة حكمها: فهي آمرة إذا لم يكن لهم الاتفاق على مخالفتها ومكملة إذا كان لهم ذلك . وهذا هو مــا نقصده عند التفرقة بينهما، فلا تنصرف كلمة آمرة إلا إلى هذا المعنى وحــده لأن القواعد المكملة تأمر وتنهي أيضاً [277].

ويلحق بهذين النوعين نوع ثالث وهو القواعــد نصــف الآمــرة أو الآمــرة نسبياً[278] وهي القواعد التي يجوز الاتفاق على مخالفتها بالزيادة لمصــلحة أحــد الطرفين مثل ساعات العمل وزيادة أيام عطلات العامل مدفوعة الأجر ومدة إجازته السنوية، وغير ذلك [279].

---

(٢٧٤) وتسمي بالفرنسية Regles impèratives ومعناها القواعد الآمرة أو الناهية أو الباتة (انظر فــي هذا المعنى :العطار رقم ٥٣ ص ١١٩) .

(٢٧٥) وتسمي Règles supplétives أو مــفســرة (interpretatives) أو موضــحة أو مــقــــررة (déclaratives..) أو جوازية أو متممــة أو مرخصــة ويضــيف البعــض القواعــد المهيــئة (Règles dispositives) وهي قواعد لا تأمر ولا تنهي ولكنها تتعلق بمراكز لا تقوم فيها الإرادة بأي دور كقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية (أو بالأحري سند الحائز) وقاعدة البينة على من ادعى لا على من أنكر والقاعدة التي تعطي الحق في التصويت لكل من بلغ سن معينة (حجــازي رقم ١٨٤ ص ٢٥١) وقواعد الإباحة (Règles Permissives) التي تحرر الشخص مــن قيــود القواعــد الآمرة مثل جواز الاتفاق على سعر آخر للفوائد وجواز مطالب الدائن بتعويض تكميلي وجــواز أن يكــون للشخص أكثر من موطن أو يكون بلا موطن (حجازي رقم ١٨٥ ص ص٢٥٢ : ٢٥٣) .

(٢٧٦) انظر تقسيمات أخرى : القاضي ص ص١١٢ : ١١٣ وهامش رقم (١) ص ١١٣ .

(٢٧٧) منصور رقم ٣٩ ص ص٦٦ : ٦٧، وخضر رقم ٧٢ ص ٩٧، سابق الإشارة إليــه ، ص ٧٣ ، وحجازي رقم ١٨١ ص ٢٤٦ وجلال إبراهيم رقم ٣٧ ص ٦٧ .

(٢٧٨) يحيى ص ٦٠ هامش رقم ١ ويشير سيادته إلى أنها معروفة باسم Relativzwingend (أي الآمرة نسبيا) أو Halbzwingend أي نصف الآمرة .

(٢٧٩) انظر في بيان ذلك في مجال عقد التأمين مؤلفنا الأحكام العامة لعقــد التــأمين القــاهرة ، ط ٢ ، سنة١٩٩٠ ، وانظر تطبيقات أخرى في مجال عقد البيع مثال المادة ١/٤٥٢ من التقنــين المــدني التي تنص على أنه : تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لــم يكتشف المشتري العيب إلا بعد ذلك مالم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول .

وندرس هنا مفهوم القواعد الآمرة[٢٨٠] والمكملة ثم نوضح معيـــاري التمييـــز بينهما وهما معيار دلالة اللفظ ومعيار النظام العام والآداب .

أولا : ماهية التقسيم : تعاريف :

نعرف هنا القواعد الآمرة والقواعد المكملة ضاربين لكل منهما عدة أمثلة مـــن التشريع المصري :

١- **القواعد القانونية الآمرة** :وهي القواعد التي لا يجوز الاتفاق على مخالفة حكمها[٢٨١]. يستوي في ذلك أن تتضمن أمراً أو نهيـــاً . وحتـــى يتضـــح المعنـــى المقصود ونضرب الأمثلة الآتية من التقنين المدني :

أ- **كمال الأهلية** : كل شخص بلغ سن الرشد متمتع بقواه العقلية ولـــم يحجـــر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية(المادة ١/٤٤) .

ب - **سن التمييز** : كل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز . (المادة ٢/٤٥)

ج- **البيع بالمزاد** : لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد ، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلاً (المادة ٩٩) .

د- **المقامرة والرهان** : يكون باطلاً كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان (المادة ١/٧٣٩) .

هـ- **الحكر** : لا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة . فإذا عينت مدة أطول أو اغفل تعيين المدة أعتبر الحكر معقوداً لمدة ستين سنة (المادة ٩٩٩) .

و- **حق الامتياز** : لا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص في القانون (المـــادة ٢/١١٣٠).

---

(٢٨٠) يستبعد البعض (مرسي ومصطفى رقم ١٠٩ ص ١٠٧) القوانين المهيئـــة (Lois dispositives) والتي تتعلق بأحوال لا دخل لإرادة الأشخاص فيها ويكون ملحوظـــاً فيهـــا اخـــتلاف المصـــالح الشخصية بين أشخاص ليس بينهم اتفاق ويجب حمايتهم ، كالنصوص الخاصة باســـترداد الشـــيء المسروق المباع.

(٢٨١) المهدي ص ٩٢ هامش رقم (١) .

ونلاحظ بوجه عام أن القواعد القانونية الآمرة تتزايد في العصر الحديث مـــع تعقد الحياة وتشابك المصالح، وهذا لا يعني بالضرورة أنها تصبح قواعد قانون عام دائماً[٢٨٢]. فالقواعد الآمرة توجد في مجالي القانون العام والقانون الخـــاص علــى السواء .

٢- **القواعد القانونية المكملة** : وهي القواعد التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة حكمها، فهي ".. نسبية التطبيق وخطابها إلى الأفراد نسبي وحـــريتهم فـــي استبعاد تطبيقها موفورة" [٢٨٣]. ويرجع ذلك إلى تعلقها بمصلحة خاصـــة بحتـــة لا يضير المجتمع أن تستأثر إرادات الأفراد بتنظيمها، ومن أمثلة هذه القواعـــد فـــي القانون المدني مايلي :

أ – **البيع بشرط التجربة** : " إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل في المبيع ، فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شـــهر من ظهوره وأن يرفع الدعوى في مدة ستة شهور من هذا الإخطار، وإلا سقط حقه في الضمان" (مادة ٤٥٥) .

ب- **الترميمات الضرورية والتأجيرية** : " علـــى المـــؤجر أن يتعهـــد العـــين المؤجرة بالصيانة لتبقي على الحالة التي سلمت بها وأن يقوم في أثنـــاء الأجـــازة بجميع الترميمات الضرورية دون الترميمات التأجيرية"(مادة ٥٦٧) .

جـــ- **عمل الجهة الحكومية المنقص للانتفاع بالعين المؤجرة** : " إذا ترتب على عمل من جهة حكومية في حدود القانون نقص كبير في الانتفاع بالعين المؤجرة ، جاز للمستأجر تبعاً للظروف أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجر، وله أن يطالب المؤجر بتعويضه إذا كان عمل الجهة الحكومية قد صــــــدر بسبـــب يكـــون المؤجر مسئـــولاً عنه " (مـــــــادة ٥٧٤) .

د – **نفقات إبرام الرهن الرسمي** : "نفقات العقد على الراهن "(مادة ٢/١٠٣١).

في كل هذه الأمثلة تتجلى قيمة القاعدة المكملـــة وهـــي الحلـــول محـــل إرادة

---

(٢٨٢) الوكيل رقم ٧٠ ص ١٠٥ .

(٢٨٣) الوكيل رقم ٦٥٠ ص ٨٩ .

الأطراف إذا سكتوا عن بيان موقفهم من المسألة، فتعد بذلك بمثابة أنموذجـاً لمـا يجب أن يكون عليه الاتفاق فلا تكمل عقودهم إلا إذا صمتوا هـم عـن معالجـة الموضوع . وفي هذا الأسلوب توفير للجهد وحرص على سهولة المعاملات وتغليب لمصلحة الأطراف الذين يعد سكوتهم قبولاً منهم لرأي المشرع الذي يفوقهم علمـاً وخبرة[٢٨٤]. كما أن هذا الأسلوب يحترم الإرادة الضمنية احترامه الإرادة الظاهرة، فإذا سكتوا انطبق النص وإذا تكلموا فنظموا المسألة تنظيماً مخالفاً[٢٨٥] امتنع تطبيق النص المكمل . بإيجاز إن مناط تعطيل إعمال القواعد المكملة هو وجود التنظـيم البديل من جانب الأطراف .

وتجدر الإشارة هنا إلى الخلاف الذي ثار في الفقه حول سند إلـزام القواعـد القانونية المكملة، دون إلزامها في حد ذاته الذي ينتفي الخلاف حوله[٢٨٦]:

فذهب رأي إلى أن سند إلزام القاعدة المكملة هو الإرادة الضمنية للأفراد ، فهي تنطبق لأن سكوت الأفراد عن تنظيمها يعد قبولاً ضمنياً لها . وهذا الـرأي رغـم وجاهته الظاهرية يستأهل النظر، لأن القواعد المكملة تطبق ولـو جهـل الأفـراد حكمها، فكيف يمكن رهن إعمالها بإرادتهم الضمنية في هذه الحالة ؟

وذهب رأي إلى أن القاعدة المكملة تمر بمرحلتين فهي غير ملزمة واختياريـة ابتداء أي قبل إبرام الاتفاق ، وملزمة وإجبارية انتهاء بعد إبرامه . وهـذا الـرأي أيضاً غير دقيق لأنه يجعل القاعدة القانونية متغيرة الحكم فهي غير ملزمـة قبـل الاتفاق وملزمة بعده؟

والحق في نظرنا لا يُجانب من قال[٢٨٧] بأن القاعدة القانونية المكملة هي قاعدة

---

(٢٨٤) يحيى ص ٥٨ .

(٢٨٥) تناغو رقم ٢٩ ص ٨٦ .

(٢٨٦) انظر في تفصيل هذا الخلاف: البدراوي رقم ٨٥ ص ١٤٠ .

(٢٨٧) منصور رقم ٤٠ ص ٧٠ ، ويحيى ص ص٥٩ : ٦٠ ، وخضر رقم ٧٢ ، وسلامة ص ص٩٨ : ١٠٠ ، والبدراوي رقم ٨٥ ص ١٤٠ ، وكيره رقم ١٧ ص ٤٥ ، ومرقس رقم ٥٢ ص ١٢٨ ، وعرفة ص ١١٨ ، وعبدالباقي رقم ٦٩ ص ١١٨ ، وشنب رقم ٢٧ ص ص٤٤ : ٤٥ ، وفـرج رقم ٤٢ ص ٧٣ ، والوكيل رقم ٦١ ص ص٩٠ : ٩١ ، والشرقاوي رقم ٢٦ ص ٦٤ ، وزكـي رقم ٩٠ ص ١٦٥ ، وجمعة ص ٦٤ ، والإهواني رقم ١٠٩ ص ٩٢ ، والمهدي ص ٩٧ ، وأبو السعود ص ٢٥٥ ، وكامل رقم ٢٤ ص ٥٢ ، ونجيده ص ص٧٨ : ٨٠ ، وحسن ص ص١١١ : ١١٢ وجلال إبراهيم رقم ٣٩ ص ص٦٨ : ٦٩ .

قانونية عامة مجردة منظمة لسلوك الأفراد داخل المجتمع وملزمة ، كل ما هنالك أن شرطاً من شروط إعمالها هو عدم اتفاق الأطراف على مخالفتها . فإذا اتفقوا على تنظيم مخالف انتفي شرط تطبيق القاعدة المكملة أما إذا صمتوا فإن تطبيقها يكون مبرراً بتوافر شرط عدم الاتفاق على مخالفتها(٢٨٨).

ثانياً : معايير التقسيم : معياران : يميز الفقه بين معيارين للتفرقة بين القواعد الآمرة والمكملة ، أولهما شكلي ينظر إلى لفظ القاعدة والآخر موضوعي أو معنوي يتطلع إلى مضمونها ، ويستحق ذلك بعض التفصيل:

المعيار الشكلي : دلالة اللفظ : يقوم هذا المعيار على النظر إلى ألفاظ القاعدة القانونية: فإذا دلت صراحة أو ضمناً(٢٨٩) على عدم جواز المخالفة كانت آمرة ، أما إذا دلت على جوازها فهي مكملة . فهو بذلك معيار بديهي(٢٩٠)، فإذا استخدم المشرع عبارات الأمر والنهي أو قرن مخالفة القاعدة بجزاء فهي آمرة ، وتكون مكملة فيما عدا ذلك(٢٩١)، ونضرب أمثلة للقواعد الآمرة وأخرى للقواعد المكملة من واقع القانون المدني حتى يتضح المعنى :

١ – أمثلة القواعد الآمرة :

أ– **تصرفات الصغير غير المميز** : "ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة (مادة ١١٠) .

ب– **سقوط الحق في دعوى الإبطال** : "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنواتً (مادة ١/١٤٠) .

جـ– **استحقاق الفوائد التأخيرية** : "لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية

---

(٢٨٨) فالخلاف بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة هو في درجة الإرادة والاختيار : فالقواعد الآمرة يختار فيها الفرد بين أمرين وهما عدم تحقيق الشرط وبالتالي الخروج من دائرة حكم القاعدة وتحقيق الشرط والخضوع لحكم القاعدة ، أما القواعد المكملة فيستطيع الفرد أن يحقق الشرط ليخضع لحكم القاعدة أو لا يحققه فيفلت منها وينطبق التنظيم المخالف الذي اختاره : انظر في ذلك جمعة ص ٦٤ .

(٢٨٩) جمعة ص ٦٥ .

(٢٩٠) منصور رقم ٤١ ص ٧٠ .

(٢٩١) فهي تبرز من ذات مادة القاعدة القانونية ومن ألفاظها وعباراتها : عبدالباقي رقم ٧١ ص ١٢١ وهمام ص ٤٢ وبدير ص ٩٢ .

كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير (مادة ٢٢٨) [٢٩٢].

د – **حل الشركة** : « يجوز للمحكمة أن تقضي بحل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو لأي سبب آخر لا يرجع إلى الشركاء ، ويقدر القاضي ما ينطوي عليه هذا السبب من خطورة تسوغ الحل . ويكون باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك» (مادة ١/٥٣٠ – ٢) .

هـ– **تسلم الوديعة واستعمالها** : « على المودع عنده أن يتسلم الوديعة وليس له أن يستعملها دون أن يأذن له المودع في ذلك صراحة« (مادة ١/٧١٩–٢) .

و – **تملك الثمار بالحيازة** : « يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار مادام حسن النية» (مادة ١/٩٧٨) .

ز – **انعقاد الرهن:** «لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية» (مادة ١٠٣١).

ح– **محل الرهن الحيازي** : « لا يكون محلاً للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار» (مادة ١٠٩٧) .

٢– أمثلة القواعد المكملة :

أ – **نفقات الوفاء بالالتزام** : « تكون نفقات الوفاء على المدين إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك« (مادة ٣٤٨) .

ب – **مكان الوفاء بالثمن** : « يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع مالم يوجد اتفاق أوعرف يقضي بغير ذلك» (مادة ٤٥٦) .

جـ– **مدة المرتب مدى الحياة** : « يعتبر المرتب مقرراً مدى حياة الملتزم له إذا لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك» (مادة ٢/٧٤٢) .

د – **إدارة المال الشائع** : « تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك » (مادة ٨٢٧) .

---

(٢٩٢) وتسري فوائد التأخير من تاريخ المطالبة القضائية بها بشرط أن تكون معلومة المقدار وقت الطلب وهو كذلك إذا استند تقدير التعويض الاتفاقي على أسس ثابتة بحيث لا يكون للقضاء سلطة مطلقة في تقديره ولو نازع المدين في مقداره (نقض تجاري في ٢٤ من فبراير/شباط سنة ١٩٨٦ ، الطعن رقم ١١٦٢ س ٤٩ ق مشار إليه بمجلة القضاة ، س ٢١ العدد الأول يناير/كانون الثاني، يونيه/حزيران ١٩٨٨ ص ٤١٩ و٢٦ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨٨ ، الطعن رقم ٤٩٣ س ٥١ ق مشار إليه في مجلة القضاة ، العدد الأول سنة ١٩٨٩ ص ١٢٦) .

هـ- تسليم المصفي أموال التركة للوارث : « لكل وارث أن يطلب من المصفي أن يسلمه نصيبه في الإرث مفرزاً ، إلا إذا كان هذا الوارث ملزماً بالبقاء في الشيوع بناء على اتفاق أو نص في القانون» (مادة ٩٠٢) .

ز - التزام الدائن المرتهن بالاستثمار الكامل للشيء المرهـون : فعليـه أن يستثمره استثماراً كاملاً مالم يتفق على غير ذلك» (مادة ١١٠٤).

هذا المعيار القاطع الحاسم[٢٩٣] والبديهي[٢٩٤] لا يعيبـه سـوى عجـزه عـن الوصول إلى طبيعة القاعدة القانونية إذا لم تدل ألفاظها على ذلك[٢٩٥] وهنا لا يكون بالوسع تحديد هذه الطبيعة بغير اللجوء إلى المعيار الثاني[٢٩٦] وهو النظـام العـام والآداب الذي ندرسه الآن .

المعيار الموضوعي : النظام العام والآداب Ordre public et bonnes mœurs:

يقوم هذا المعيار على أساس البحث فيما وراء ألفاظ القاعدة وعدم الوقوف عند ألفاظها أي أن العبرة فيه بمعناها : فإذا تعلقت بالمصالح الأساسية في المجتمع كانت قاعدة آمرة وإذا اقتصرت على تنظيم مسألة متعلقة بمصالح خاصة للأفراد كانـت قاعدة مكملة، وحتى يتضح المعنى الذي نهدف إليه نُعَّرف فكرتـي النظـام العـام والآداب :

---

(٢٩٣) الوكيل رقم ٦٥ ص ٩٢.

(٢٩٤) قضت محكمة القاهرة الابتدائية فى٣١ من مارس/آذار سنة ١٩٥٠ بأنه إذا أثبتت المادة بعبـارة " لايجوز" فهي واضحة الدلالة على حرص المشرع على البطلان (المحامـاة س ٣١ ، رقـم ٥٠٥ ص ١٧٢ مشار اليه بمرجع القاضي هامش رقم (٢) ص ١١٣) . كذلك قضت محكمة الـنقض (الدائرة المدنية) في ٥ من مايو/أيار سنة ١٩٧٩ (مجموعة المكتب الفنـي) س ٣٠ ص ٢٨٠) بأنه من المقرر إذا دلت عبارة النص التشريعي أو إشارته على اتجاه قصد المشرع مـن تقريـر القاعدة القانونية الواردة به إلى تنظيم وضع بذاته على نحو محدد لا يجوز الخروج عليه التزامـاً بمقتضيات الصالح العام ، وترجيحاً له على ما قد يكون لبعض الأفراد من مصالح خاصة مغايرة، فإن هذه القاعدة تعتبر من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام .

(٢٩٥) واضح أن احتمال كون القاعدة آمرة أو مكملة يكون فقط فـي مجـال العمـل الإرادي أي العقـد والإرادة المنفردة لأنه من غير المتصور أن يسمح فيهما للإرادة بالاتفاق على خلاف التنظيم الذي يقضي به القانون (جمعة ص ٦٦) .

(٢٩٦) تناغو رقم ٣١ ص ص٨٩ : ٩٠.

أ – **النظام العام :** يقصد بها القواعد المنظمة للمصالح الأساسية في المجتمع والتي لا يجوز للأفراد مخالفتها في اتفاقاتهم ولو حققت هذه الاتفاقات مصالح خاصة لهم ، يستوي في ذلك أن تكون هذه المصالح سياسية أو اقتصادية[٢٩٧] أو اجتماعية . أو بعبارة أخرى هي "القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصالح الأفراد وتقوم فكرته على أساس مذهب علماني بحيث يطبق مذهباً عاماً تدين به الجماعة بأسرها".

مفاد ذلك أن فكرة النظام العام فكرة مرنة تختلف من زمن إلى آخر[٢٩٨] ومن بلد إلى آخر وهنا يتجلى الدور الابداعي للقاضي في تفسير هذه النصوص استناداً إلى المفهوم الاجتماعي السائد[٢٩٩] فيتحلل المشرع بذلك من الحاجة إلى التدخل الدوري ليجعل النص آمراً أو مكملاً كلما تغيرت الظروف والأحوال[٣٠٠].

وحتى يتضح مقصودنا نضرب الأمثلة الآتية :

(١) **قواعد قانون العقوبات :** تحظي هذه القواعد كلها بصفة آمرة حيث تعد كلها متعلقة بالنظام العام ، تطبيقاً لذلك لا يجوز الاتفاق على تحمل برىء عقوبة جريمة ارتكبها آخر .

(٢) **قواعد حماية المصالح الاقتصادية للدولة :** تعد قواعد آمرة النصوص القانونية المحددة للسعر الإلزامي لأوراق البنكنوت[٣٠١] والسعر الجبري لبعض السلع .

---

(٢٩٧) حكم بأن القوانين التي تنظم النقود والعملة تعد من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامها : نقض مدني ، ١٤ من مايو/أيار سنة ١٩٨١ مجموعة المكتب الفني، س ٣٢ ، رقم ٢٦٦ ص ١٤٧.

(٢٩٨) تنكمش هذه الفكرة كلما ساد المذهب الفردي : الجمال والعدوي ص ١٩ .

(٢٩٩) الشرقاوي رقم ٢٨ ص ٦٨ هامش رقم (١) والبدراوي رقم ٩١ ص ١٤٨ ورقم ٢٠٠ ص ٣١٠ وسلامة رقم ٢٠٠ ص ٣١٠ .

(٣٠٠) تنص المادة الثالثة من المشروع الجديد للتقنين المدني على أن تعتبر من النظام العام أحكام الشريعة الإسلامية القطعية ويقع باطلا كل نص أو اتفاق يخالف هذ الأحكام .

(٣٠١) انظر في التنويه بوجود نظام عام حمائي أو اجتماعي يحمي الطرف الضعيف في العقد ويجني الاتفاق المخالف لأحكام القانون إذا كان ذلك في مصلحة الأخير : الأهواني رقم ١١٨ ص ص٩٨:٩٩ .

(٣) **قواعد حماية المصالح السياسية لأفراد المجتمع** : تعد نصوصاً آمرة النصوص الدستورية المنظمة لحريات الأفراد في مجال العقيدة والرأي والإنتخاب والترشيح والحياة الخاصة .

(٤) **قواعد حماية المصالح الاجتماعي للمجتمع** : تعد قواعد آمرة القواعد القانونية المحددة لساعات العمل والحد الأدنى للأجور وسن تشغيل الصبية[٣٠٢] .

(٥) **قواعد حماية المصالح الخلقية للمجتمع** : مثالها القواعد المحرمة للرق وزواج اليهودي أو المسيحي بأكثر من واحدة أو زواج المسلم بأكثر من أربعة[٣٠٣].

في كل هذه الأحوال تتجلى الأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية للمجتمع وتظهر الحاجة إلى حمايتها . وللقاضي سلطة تقدير جدوى هذه الحماية في ضوء المتغيرات السياسية والاقتصادية والاجتماعية للمجتمع[٣٠٤] ، وهو في ذلك يلجأ إلى

---

(٣٠٢) أفتى الإمام محمد عبده بحق ولي الأمر في تقييد زواج المسلم بواحدة عند الضرورة ، وهو ما يبرر موقف المشرع التونسي الذي حظر على الرجل الزواج بأكثر من واحدة .وقد حكمت المحكمة الدستورية العليا بدستورية نفقة المتعة التي قررت بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ المعدل بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ وأوضحت المحكمة أن " ... اعتداد النص التشريعي بمدة الزوجية وظروف الطلاق في مجال تقدير المتعة الواجبة ، لا يتوخي فرض قيود غير مبررة على الحق في الطلاق وإنما قصد المشرع – بإضافته هذين العنصرين إلى حال المطلق يسرا وعسرا – أن تكون المعونة المالية التي تتبلور المتعة في مبلغها واقعية بقدر الإمكان بما لا إفراط فيه أو تفريط ، وهو ما يدخل في نطاق السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق بما لا يناقض أحكام الدستور أو يخل بضوابطه (الجريدة الرسمية ، للعدد ٢٢ (تابع) في ٥ من يونيه/حزيران سنة١٩٩٣) ص ٢١ .

(٣٠٣) حكم بأن الاتفاق على بائنة "دوطة" بين مصريين من الروم الارثوذكس هو اتفاق ذو طابع مالي يخضع لأحكام القواعد العامة فيما لا مخالفة فيه للنظام العام (نقض مدني ، ١٢ من يونيه/حزيران سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني ، س ٣ ص ١٨٧) . كما حكم بعد جواز استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق لاختلاف أحكامه عن أحكام القانون الوطني في تحديد المقدار الذي تجوز الوصية فيه بالنسبة لغير المسلمين ، فأجازت المحكمة بذلك وصية حررها لبناني لزوجته اللبنانية المسيحية بكل تركته دون شقيقه اللبناني المسيحي : ٢٦ من يوليه/تموز سنة ١٩٦٧ مجموعة المكتب الفني ، س ١٨ رقم ٢٢٤ ص ١٤٩٣ .

(٣٠٤) الوكيل رقم ٦٦ ص ٩٤ ، وزكي رقم ٩٢ ص ١٧١ ، وبدير ص ص٩٣ : ٩٥ ، ومرقس رقم ٦ ص ١٤٢، وكيره رقم ١٩ ص ٤٧ ، وتناغو رقم ٣١ ص ٩٣ ، والشرقاوي ص ٧٧، وفرج رقم ٤٤ ص ٧٨ ، والجمال والعدوي ص ١٩ ، ومنصور رقم ٤٢ ص ٧٤ ، وعرفة ص ١٢٠ والبدراوي، وعبدالباقي رقم ٧٤ ص ١٢٧ ، ويحيى ص ٦٣ ، وشنب رقم ٣٢ ص ص٤٧ : ٤٩، والمهدي ص ١٠٣ ، ونجيده ص ص٨٢ : ٨٣ وأبو السعود ص ٢٧٥ وانظر في التنويه بأن فكرة النظام العام اعتبرت فكرة على بياض يتولى القاضي ملأها وفقاً للمعايير السائدة وقت نظر النزاع: حجازي رقم ١٧٤ ص ٢٤١ .

معيار تقديري مرن يستعصي على التحديد الثابت المحكم الدقيق وهو فكرة النظـام العام[٣٠٥] ، ويكون لقضاء النقض الحق في مراقبة تطبيقه لهذا المعيار باعتبار ذلك من مسائل القانون[٣٠٦] . لأن إختلاف التعريف يترتب عليه إختلاف التطبيق .

هذا ما أجمله واضعو مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني الحـالي فـي العبارات الآتية: « ... رُئي من الواجب أن يفرد مكان لهذه الفكرة فـي نصـوص المشروع لتظل منفذاً رئيسياً تجد منه التيارات الاجتماعية والأخلاقية سبيلها إلـى النظام القانوني لتثبت فيه ما يعوزه من عناصر الجدة والحياة . بيـد أنـه يخلـق بالقاضي أن يتحرز من إحلال آرائه الخاصة عن العدل الاجتماعي محل ذلك التيار الجامع للنظام العام أو الآداب . فالواجب يقتضيه أن يطبق مذهباً عاماً تـدين بـه الجماعة بأسرها لا مذهباً فردياً خاصاً[٣٠٧] .

ب – الآداب : وهي التعبير الخُلقي عن فكرة النظام العام[٣٠٨] ويختلف معناها بتفاوت الزمان والمكان والظروف[٣٠٩] مثلها في ذلك مثل فكرة النظام العام نفسها .

وتتشكل فكرة الآداب من المعتقدات الموروثة والعـادات المتأصـلة والـدين المعتنق[٣١٠]. فمن كل هذا يتشكل عرف ملزم لهم باتباع أمر معين أو اجتنابه وهذا العرف يتسم بالمرونة والقابلية للتحول والتبدل المتـأني وفقـاً لظـروف الزمـان والمكان[٣١١] ، وسبب هذا التأني هو أن المجتمع يجد في فكرته عن الآداب عاصماً له من الانحلال، فلا يتخلى عنها بسهولة .

---

(٣٠٥) تناغو رقم ٣٢ ص ٩٨ وكيره رقم ٢٢ ص ٥٣ هامش رقم (١) وأبو السعود ص ٢٩٩ .

(٣٠٦) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، الجزء الثاني ، ص ٢٢٣ .

(٣٠٧) الوكيل رقم ٦٨ ص ١٠٢ .

(٣٠٨) كيره رقم ٢١ ص ٥١ وفرج رقم ٤٥ ص ٨٢ وانظر في اعتبارها فكرة علـى بيـاض يتـولى القاضي ملأها وفقاً للمعايير السائدة وقت نظر النزاع : حجازي رقم ١٧٧ ص ٢٤٢ .

(٣٠٩) وليس للدين القول الفصل في تشكيل فكرة الآداب عند المجتمع ، فعلى سبيل المثال لا يعد – عادة – إرضاع امرأة قروية لوليدها على مرأي ومسمع من غيرها من القرويين – من الرجال والنساء على حد سواء – مخالفاً للآداب رغم انطواء هذا الفعل على مخالفة صارخة لقواعد الدين لما فيـه من كشف للعورات . حتى إذا انتقلت هذه المرأة بعاداتها إلى المدينة لم يكن في ذلـك مخالفـة للآداب أيضا ، أما إذا صدر هذا الفعل نفسه من امرأة من المدينة في المدينة فإنـه يكـون محـل استهجان الجميع.

(٣١٠) يحيى ص ٦٧ .

(٣١١) كانت الدعارة مباحة في مصر حتى عهد قريب ثم اصبحت محرمة ، وكان الرق مباحاً في القديم ثم أصبح محظوراً في جُل دول العالم .

وحتى يتضح ما قلناه نضرب مثلاً بنوادي العراة التي تعد مباحة في كثير من بلاد أوربا والولايات المتحدة الأمريكية ، في حين أنها محظورة في بلاد أخـرى ، بل إن هذه النوادي كانت محرمة أساساً في البلاد التي تبيحها الآن في النصف الأول من هذا القرن . كذلك الحال بالنسبة لعقود التأمين على الحياة وعقود الوساطة في الزواج والعقود التي يبرمها منتج العمل الفني مع الهتَّافة وعقود تلاوة القـرآن على التفصيل الآتي :

(١) **عقد التأمين على الحياة:** كان يعد هذا العقد نوعاً من المقامرة وضرباً من ضروب الإلحاد ثم أصبح المجتمع يرى فيه صورة من صور التكافل الاجتماعي .

(٢) **عقد الوساطة في الزواج (العقد مع الخاطبة):** كان ينظر إلى هذا العقـد على أنه عمل غير أخلاقي لأنه "الخاطبة" تغفل عيوب كل طـرف لتـربط بـين الطرفين وتتقاضي أجرها ثم أصبح المجتمع ينظر إليه على أنه وسيلة للتقريب بين راغبي الزواج . وهذا العقد منتشر الآن في أوربا والولايات المتحدة الأمريكية وأن كان يتم الآن عبر جهاز الحاسب [٣١٢].

(٣) **العقد مع الهتَّافة** (Contrat de Claque)[٣١٣] وهـو العقـد الـذي يسـتقدم بمقتضاه منتج العمل الفني عدداً من الأفراد "الهتَّافة" للترويج للعمل الذي يعرض ، وهو عقد كان يعتبر منطوياً على غش وخداع للجمهور ثم أصـبحنا نعتبـره الآن وسيلة لتشجيع الفنانين على الإجادة .

(٤) **عقد تلاوة القرآن** : كان ينظر إليه على أنه تجارة بكلام الله تعالي وبـات ينظر إليه على أنه وسيلة شريفة للارتزاق [٣١٤].

من كل ذلك يتبين لنا أن فكرة الآداب تعد قيداً مقبولاً على حريـات الأفـراد ، فترفع القاعدة القانونية إلى طائفة القواعد الآمرة ، أو تهبط بها إلى مرتبة القواعـد المكملة وفقاً للمتغيرات الاجتماعية ويخضع القاضي في تطبيقها لرقابـة محكمـة النقض مثلها في ذلك مثل فكرة النظام العام .

---

(٣١٢) انظر لاحقاً هامش رقم ٣٩٢ ص ٢٠١.

(٣١٣) أو عقد الهتَّافة (تناغو رقم ٣٥ ص ١٠٦) أوعقد الهتاف (مرقس رقم ٥٩ ص ١٤٨ وابو السعود ص ٢٨٧) .

(٣١٤) حكمت محكمة دكرنس الجزئية في ٢٠ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٣٣ بعدم مشروعية هـذا العقد ، بعد أن كانت محكمة بني سويف قد اعتبرته في ٢٨ من يناير/كانون الثـاني سـنة ١٩٠٠ مشروعاً : انظر القاضي ص ١٢١ .

فإذا انتهينا إلى ذلك كان واضحاً أن قواعد القانون ليست كلها آمرة أو مكملة وأن تكييفها مرتبط بالمصلحة من وضعها على الوجه الآتي :

قواعد القانون العام : تتعلق بوجه عام بالنظام العام(٣١٥) لمساسها بكيان الدولة السياسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي أو الخلقي : فليس مقبولاً تنازل الفرد لآخر عن حقه في الإنتخاب أو الترشيح للمجالس النيابية ، كما أنه لن يقبل تنازل الفرد لآخر عن حقه في وظيفة أو ترقية أو علاوة أو التزامه بسداد ضريبة . مع ذلك فإن منها ما لا يخضع لهذا التعميم كقواعد الإختصاص المحلي للمحاكم القضائية .

قواعد القانون الخاص : لا تتعلق كل هذه القواعد بالنظام العام والآداب ، ولتوضيح ذلك نضرب الأمثلة الآتية :

أ – **في مجال الأحوال الشخصية**(٣١٦)، تتعلق مسائل أهلية إبرام الزواج وحقوق الأزواج(٣١٧) وواجباتهم وحقوق الأبناء عليهم بالنظام العام على سبيل المثال .

ب– **في مجال الأحوال العينية**(٣١٨) تجد القواعد المكملة نطاقها الطبيعي في هذا المجال(٣١٩) ، ونضرب على ذلك الأمثلة الآتية من القانون المدني :

---

(٣١٥) تعد كل قواعدها متعلقة بالنظام العام : منصور رقم ٤٢ ص ٧٦ وهذا هو مادفع البعض إلى القول بأن فكرة النظام العام مقصورة على القانون الخاص لأن كل قواعد القانون العام ملزمة (حسن ص ١١٨) .

(٣١٦) فإذا تعهد زوج بتطليق زوجته كان هذا التعهد باطلاً لأنه يحل الحرام ويحرم الحلال (محكمة مصر الكلية في ١٩ من مارس/آذار سنة ١٩٣٧ مشار إليه لدى القاضي ص ١٢١ هامش رقم (٣) ليست هناك مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام في تعهد الزوج مقدماً بتعويض زوجته إذا طلقها وينتفي الالتزام بهذا التعهد إذا كان الزوج لم يطلق زوجته إلا بناء على فعل أتته هي اضطره إلى ذلك : نقض مدني ، ٢٩ من فبراير/شباط سنة ١٩٤٠ ، مجموعة عمر، الجزء الثالث ، ص ٨٥.

(٣١٧) ينحصر مجال القواعد المقررة التي تخرج من دائرة النظام العام في المعاملات المالية في القانون الخاص، وهي حتى في هذا المجال تنحصر تدريجياً أمام زيادة نشاط الدولة وتدخلها في مجال الإنتاج والتوزيع تحت تأثير أفكار ومبادئ التيار الاشتراكي : جمعة ص ٧٢ وهو التيار الذي نؤكد على تناقص من يؤيدونه كل يوم .

(٣١٨) منصور رقم ٤٢ ص ٧٧ .

(٣١٩) جمعة ص ٧٢ وحكم كذلك بأن قواعد الاثبات ومنها ما يتعلق بمن يكلف به، ليست من النظام العام ويجوز بالتالي الاتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمناً: نقض مدني في ٢٠ من مارس/آذار سنة ١٩٧٧ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٨ ص ٧١٨ ونقض مدني : جلسة ٢٨ من مارس/آذار سنة ١٩٨٢ ، الطعن رقم ١٢٥٤ س ٤٨ ق وجلسة ٢٤ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٨٥ ، الطعن رقم ٢٢٦٠ س ٥١ ق ، ولا يجوز من ثمه التمسك بها لأول مرة أمام محكمة= النقض =

(١) استحقاق التعويض الاتفاقي : لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر (مادة ١/٢٢٤) .

(٢) اطلاع الشركاء غير المديرين على دفاتر الشركة ومستنداتها : « الشركاء غير المديرين ممنوعون من الإدارة ولكن يجوز لهم أن يطلعوا بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها ، وكل اتفاق على غير ذلك باطل» (مادة ٥١٩) .

(٣) مقدار براءة ذمة الكفيل : « تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من ضمانات» (مادة ١/٧٨٤) .

(٤) مدة الشيوع : « ولايجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنوات» (مادة ٨٣٤).

(٥) حكم التصرف المضاف إلى ما بعد الموت : "كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى مـــا بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التســـمية التـــي تعطـــي لهـــذا التصرف" (مادة ٩١٦) .

(٦) إنعقاد الرهن: « لا ينعقد عقد الرهن إلا إذا كان بورقـــة رســـمية» (مـــادة ١/١٠٣١).

(٧) سعر الفائدة: « إذا ذكر سعر الفائدة في العقد فإنه يترتب على قيد الـــرهن أن يدخل في التوزيع مع أصل الدين وفي نفس مرتبته فوائد السنتين السابقتين على تســـجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد التي تستحق من هذا التاريخ إلى يـــوم رســـو المزاد» (مادة ٢/١٠٥٨) .

جـــ – في مجال المرافعات المدنية والتجارية : ليس للقاضي أن يغير فيها فلا يملك تعديل إجراءات التقاضي ، أما الاختصاص المحلي فيجوز للخصوم الإتفاق على خلاف ما تنص عليه هذه القواعد .

= نقض مدني في ١٤ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٩ ، الطعن رقم ٥٠٧ س ٥٢ق) عكس تعيين جهة القضاء صاحبة الاختصاص التي تعد من النظام العام ويجوز للمحكمة أن تتصدي لذلك من نفسها (نقض مدني في ١٩ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٥ ، الطعن رقم ٨٠ س ٥١ ق) ويلاحظ أن الأحكام غير المنشورة مشار إليها في مجلة القضاء س ٢١، ١٤ يناير/كانون الثاني – يونيه/حزيران سنة١٩٨٨ ص ١٦٢ .

ومفاد ذلك أن فكرة النظام العام مستقلة عن فكرة الآداب ، فهي وإن كانت تمثل الأساس الأخلاقي للمجتمع إلا أنها متميزة عن باقي الأسس التي يطلق عليها النظام العام. ويجدر بالذكر أن هذا الرأي ليس محل إجماع كل الفقهاء على النحو الآتي[(٣٢٠)] :

فذهب فريق إلى أن فكرة الآداب "جزء" من النظام العام الذي يضم كل الأسس التي يقوم عليها كيان الدولة بما في ذلك الأساس الأخلاقي وهو الآداب[(٣٢١)] .

وذهب فريق ثان إلى أن فكرة النظام العام تتميز عن فكرة الآداب ، وإلى هنا انتهي اتفاق أعضاء هذا الفريق وانقسموا إلى رأيين :

فرأي البعض أن أساس هذا التميز هو اختلاف النتيجة المترتبة على مخالفتها في فرنسا، فقد درجت المحاكم على الحكم برد ما نفذه الطرف الآخر في العقد الباطل لمخالفته النظام العام ، وحرمت ذلك إذا تعلق الأمر بمخالفة للآداب .

ورأي البعض الآخر أن أساس هذا التميز ذاتي وليس متصلاً بالنتيجة المترتبة، فيتميز النظام العام عن الآداب رغم وحدة الجزاء المطبق : فالمادة ٣/٢٠١ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي التي كانت تنص على أنه «لا يجوز لمن وفي بالتزام مخالف للآداب أن يسترد ما دفعه إلا إذا كان هو في التزامه لم يخالف الآداب» حذفت لعدم اتفاقها مع منطق البطلان[(٣٢٢)] وهذا دل على نبذ المشرع للقاعدة الرومانية العتيقة القائلة بعدم جواز استفادة الملوث من تلوثه ، فيترتب منطق البطلان بكل آثاره دون استثناء لحالة ترتبه على مخالفة الآداب[(٣٢٣)] .

---

(٣٢٠) انظر في عرض الخلاف : مرقس رقم ٥٥ ص ص١٣٦:١٣٥ ، كامل رقم ٢٦ ص ٥٧ هامش رقم ١٠ و ١٢ .

(٣٢١) الشرقاوي رقم ٢٧ ص ٦٧ هامش رقم ٣ ، والعطار رقم ٥٦ ص ١٢٥ ، وكامل رقم ٢٦ ص ص٥٧ : ٥٨ .

(٣٢٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ، الجزء الثاني ، ص ٢٥٤ وما بعدها .

(٣٢٣) كيره رقم ٢٣ ص ٥٥ . ويعبر عن القاعدة المشار إليها في المتن بعبارة أخرى وهي لا يجوز لأحد التمسك بفعله الشائن ، وباللاتينية تسمي: ، Nemo auditur propriam turpitudinem allegans وتكملها قاعدة أخرى وهي : إذا تساوي الطرفان في الفعل الشائن فلا استرداد :In pari causa turpitudinis: cessat repetitio. انظر في ذلك : الأستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوي ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري ، ج ١ مصادر الالتزام ، مكتبة سيد عبد الله وهبة / عابدين / القاهرة ، سنة ١٩٧٥ ، رقم ٢٨١ ص ٣٦٥ .

على أية حال فإن التفرقة بين النظام العام والآداب أصبحت غير ذات جـدوى بعد أن أفصح المشرع عن نيته في توحيد الجزاء المطبق عند مخالفة أيهما ، بل إن المشرع نص صراحة في المادة ٢/٧٣٩ من القانون المدني الحالي على أنه « لمن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الـذي أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك ، وله أن يثبـت مـا أداه بجميع الطرق » [٣٢٤] .

في ختام هذه الدراسة لمعيار التفرقة بين القاعدة القانونيـة الآمـرة والقاعـدة القانونية المكملة نؤكد أن رواج المعيار الموضوعي لا يمنع من التأكيد على عـدم صلاحية فكرة النظام العام والآداب – كقاعدة عامة – لتكون ضابطاً في هذا الصدد حيث أن القاعدة القانونية قد تكون آمرة وغير متعلقة بالنظام العام [٣٢٥] وهذا هو ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكم لها صدر في ١٣ من يونيه/حزيران سـنة ١٩٨٣[٣٢٦] ثم في حكم آخر صدر فـي ٢٣ مـن ديسـمبر/كـانون الأول سـنة ١٩٩١[٣٢٧] فرفضت استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق لتضمنه نـص قانوني مخالف لنص قانوني آمر في مصر حيث رأت أن هذا النص الآمر ليس من

---

(٣٢٤) تقابل هذه المادة المادة ٧٣٩ من المشروع الجديد للتقنين المدني مع تعديل طفيف في الصياغة .

(٣٢٥) انظر في هذا المعنى : Introduction ، MAZEAUD ،Générale op 69 p.108.. ،cit . ومن قبيل ذلك بعض القواعد التي يقصد بها حماية القاصر فمبدأ حماية القاصر من النظام العـام أمـا تفصيل تنظيم مثل هذه الحماية فقد لا يتعلق بالنظام العام مثال تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر تكون قابلة للإبطال لمصلحته (بطلان نسبي) : كيره رقم ٢٢ ص ٥٣ هامش رقم (٢) وانظر في التمييز بين القواعد القانونية الآمرة أو الناهية من حيث صـلتها بالنظـام العـام (عرفة ص ١٢٨).

(٣٢٦) مجموعة المكتب الفني ، س ٣٤ ، رقم ٢٧٩ ص ١٤١٦ يتعلق بـالحكم بالمـادة ٥٠٢ / ٣ مـن قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ : التي كانت تتطلب بيان أسماء المحكمين في مشارطة التحكيم – ونشير إلى أن هذه المادة ألغيت مع باقي مواد المرافعات المدنية التجاريـة المتعلقة بالتحكيم (٥٠١ – ٥١٣) بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون في شأن التحكـيم في المواد المدنية والتجارية (الجريدة الرسمية ، ١٦ تابع ، في ٢١ أبريل/نيسان سـنة ١٩٩٤ ص ٣ سابق الإشارة إليه ص ٦٥ وما بعدها من هذا الكتاب) .

(٣٢٧) مجموعة المكتب الفني ، س ٤٢ رقم ٣٠٨ ص ١٩٥٤ ، ويتعلق بالحكم بنفس المادة المشار إليها في الهامش السابق (مادة ٣/٥٠٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية) .

النظام العام لأنه لا يتعارض مع الأسس الاجتماعية والاقتصادية أو الخلقية في الدولة مما يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع.

على العكس من ذلك قضت محكم النقض أن أحكام المواريث تعتبر لكونها مستندة إلى نصوص شرعية قطعية الثبوت والدلالة وبينها القرآن الكريم بيانًا محكمًا استمد منها قانون المواريث أحكامه ، "..تعتبر بذلك متعلقة بالنظام العام لصلتها الوثيقة بالدعائم القانونية والاجتماعية المستقرة في ضمير المجتمع بما يمتنع معه التحايل عليها أو تبديلها مهما اختلف الزمان والمكان .." (٣٢٨).

(٣٢٨) نقض مدني في ٢٥ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٥ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٤٥، رقم ٢١٢ ص ١٠٣.

الباب الثاني

مصـــادر القــانون



تنقسم مصادر القانون أو الأسباب المنشئة للقانون[٣٢٩] والتي يتعرف منها على أحكام القانون في أي جماعة[٣٣٠] إلى أربعة مصادر (أو أسباب) وهي : المصادر المادية أو الموضعية ، والمصادر التاريخية ، والمصادر الرسمية والمصادر التفسيرية. وهذا كله يحتاج إلى بعض التفصيل :

١- **المصدر المادي أو الموضوعي** (Source Materièlle) ، ويقصد[٣٣١] به مادة تكوين القاعدة[٣٣٢] وصياغتها[٣٣٣] فلماذا يجعل المشرع مدة عقوبة الضرب المسبب لإصابات تستدعي علاجاً لمدة تزيد على عشرين يوماً أشد من عقوبة الضرب المسبب لإصابات لمدة لا تزيد على ذلك. هنا نتساءل عن الأساس الذي اختاره المشرع لجعل مدة العشرين يوماً معياراً في هذا الشأن ؟ الإجابة عن ذلك رهينة بالمصدر المادي أو الموضوعي الذي يتبناه المشرع.

٢- **المصدر التاريخي** (Source Historique) ، كل تشريع يستمد أحكامه من مصدر تاريخي معين. هذا المصدر قد يكون العرف أو الدين أو قانون أجنبي آخر. فعلى سبيل المثال نجد أن المصدر التاريخي للقانون المصري بوجه عام هو القانون الفرنسي في المقام الأول ثم الشريعة الإسلامية في المقام الثاني ، وإن كانت الشريعة الإسلامية تتقدم كل المصادر في مسائل الأحوال الشخصية. ولا مانع من أن يتسلسل المصدر التاريخي ، فالتشريع قد يكون مصدره التاريخي قاعدة من قواعد العرف، وقد يكون المصدر التاريخي للعرف هو قواعد الدين هكذا[٣٣٤].

---

(٣٢٩) فلا يوجد شيء بلا مصدر ولا توجد نتيجة بغير سبب (Nihil est sine ratione seu nulus effectussine causa) ، طبقاً لقانون السببية : تناغو رقم ٧٦ ص ٢٣٤ .

(٣٣٠) الشرقاوي رقم ٤١ ص ١٠٤ .

(٣٣١) البدراوي رقم ٩٨ ص ١٥٩ ، ومنصور رقم ٨٥ ص ١٦١ ، وفرج رقم ١١١ ص ١٨٤، ويحيى ص ٦٩ وخضر رقم ١٠٩ ص ١٣٣ .

(٣٣٢) انظر في عدم وجود خلط بين المصدر والمضمون عند الحديث عن المصدر المادي للقانون : أبو السعود ص ص٢٩٣ : ٢٩٤ .

(٣٣٣) انظر في بيان أنواع الصياغة وطرقها : فرج رقم ١٠١ ص ١٦٨ وما بعدها .

(٣٣٤) القاضي ١٢٥ ويشير إلى أن المصدر التاريخي هو الأصل الحقيقي الذي اختارته الدولة وجعلته مصدراً رسمياً ولذا يسمى بالمصدر الحقيقي (source réelle): نفس المرجع ص ١٢٥ .

٣- **المصدر الرسمي** (Source Formelle) ، والمناط في رسمية المصدر هـو دوره في إنشاء القواعد القانونية[٣٣٥]، فهو المصدر الذي تخرج منه القواعد القانونية مستجمعة لكل عناصرها لاسيما عنصر الإلزام[٣٣٦].

ومصادر القانون متعددة أهمها في مصر التشريع ، والدين والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية . ولا يدخل الفقه ضمن هذه المصادر لأن دوره في مصر دوراً تفسيرياً لأحكام القانون فحسب . ويلاحظ أنه وإن كان التشريع والـدين مصـدرين رسميين أصليين ، فإن العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية يعدأن مصدرين رسميين احتياطيين إلى جوار مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

٤- **المصدر التفسيري** (Source interprétative) ونعني به مـا يرجـع إليـه لاستجلاء غموض القاعدة القانونية .ولعل أهم هذه المصادر التفسيرية كما سـنري هو الفقه ومعه القضاء، وهذان المصدران كانت لهما قوة الإلزام في الماضي ، أما في الحاضر فإن للقضاء دوراً هاماً في ظل نظام السوابق القضائية المعمول به في الدول الانجلوسكسونية[٣٣٧] (مثل إنجلترا)، فيتم الإشارة إلى السوابق القضائية في مرافعات المحامين وأحكام القضاء كسند ملزم للنتيجة التي يتوصل إليها من جانب المحامي أو القاضي ، فإذا لم توجد سابقة قضائية تمتع القاضي بحرية أوسع فـي الاجتهاد واضعاً في اعتباره أن حكمه سيلزمه ويلزم من بعده .

فإذا خلصنا من ذلك كله وجب الانتقال إلى دراسة المصادر الرسمية والتفسيرية بوصفها المصادر التي تعنينا في موضوع دراستنا .

---

(٣٣٥) السنهوري وأبو ستيت رقم ٦٩ ص ٨٠ .

(٣٣٦) الوكيل رقم ٧١ ص ١٠٩ .

(٣٣٧) يتعامل الفقه مع مصطلحي الأنجلوسكسون والأنجلوأمريكان كمترادفين وإن كان الثـاني أصـبح أكثر انتشاراً وعمومية الآن لا سيما وأن المصطلح الأول يرتبط في الأذهان بجماعات الساكسـون البدائية الحياة والهمجية التفكير .

الفصل الأول
المصـــــادر الرسميـــة

نميز في هذا المقام بين نوعين من المصادر وهما المصادر الرسمية الأصـــلية والمصادر الرسمية الاحتياطية : فندرس التشريع والدين بوصفهما مصادر رســمية أصلية ، ثم العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعـــي وقواعــد العدالة باعتبارها مصادر رسمية احتياطية . وبين هذين النوعين مـــن المصــــادر نبحث المصادر التفسيرية للمصادر الرسمية الأصلية ، وهما الفقه والقضاء . وعلى هذا الأساس ينقسم هذا الفصل إلى مباحث ثلاثة وهي المصادر الرسمية الأصـــلية والمصادر الرسمية الاحتياطية ثم المصادر التفسيرية .

المبحث الأول
المصادر الرسمية الأصلية : مصدران

يعد التشريع والدين مصدران أصليان للتشريع المصري ، وإن اختلفا في نطاق تأثيرهما، فالتشريع هو المصدر الرسمي الفعلي للقانون في كل المسائل بوجه عام ، أما الدين فهو مصدر رسمي أصلي بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصـــية وحـــدها . ومفاد ذلك أن الدين يتراجع إلى المقام الثاني بالنسبة لباقي المسائل .

المطلب الأول
التشريع Législation [٣٣٨]

التشريع هو أهم مصادر القانون في عصرنا الحالي[٣٣٩] ويتمثل فـــي قواعــد

---

(٣٣٨) ويعبر عنه باللغة اللاتينيـــة بمصطـــــلح مـــن مقطعـــــين Lex Latum : (Lex) ومعنـــــاه القانـــون (Latum) ومعناه الوضعـــي وهو يـــخـــتلف بذلك عن القانون المكـــتوب الذي يسمى بالفرنسيـــة (scriptum Jus) : انظر في التنويه بالخلط الفقهي بين هذين المصطلحين ورد ذلـــك إلى أيام الرومان حيث كان يعبر عن التشريع بالقانون المكتوب (القاضي ص ١٢٦) وانظـــر فـــي استخدام مصطلحات القانون المكتوب والمسطور (مرقس رقم ١٤ ص ٢٩ وصفوت ص ١١١) . وانظر في المعاني المختلفة للتشريع (عرفة ص ص٧٦ : ٧٧) .

(٣٣٩) وهي المصدر الأصلي (عمران ص ٨١) أو المصدر الأصلي العام للقاعدة القانونيـــة (المهـــدي ص= = ١٣٣) أو الغالب للقانون (عبد الباقي رقم ٩٠ ص ١٤٢ أو ١٠٤ ص١٦٦) أو المصـــدر الأساسي للقانون نتيجة انتشار القراءة والكتابة بين الناس (الشرقاوي رقم ٤٨ ص ١٤٢) ، وانظر

قانونية تضعها هيئة مختصة بذلك في الدولة [٣٤٠] وفقاً للإجراءات المقـررة فـي الدستور[٣٤١] . وقد يعبر بمصطلح التشريع عن القاعدة القانونية التي تستمد من هذا المصدر، فينصرف مصطلح التشريع بذلك إلى المصدر والنتيجة : فهو المصـدر المستمد منه القاعدة القانونية وهو أيضاً القاعـدة القانونيـة المسـتمدة مـن هـذا المصدر[٣٤٢] .

ويلاحظ في هذا الشأن أن القانون متعدد المصادر وليس التشريع إلا نوعاً مـن أنواعه ، وهذا ما يجعلنا نقول بأن كل تشريع يعتبر قانوناً وليس كل قانون يعتبـر تشريعاً[٣٤٣].

وحتى يتضح لنا كل هذا نعرض للموضوعات الآتية : سن التشريع[٣٤٤] ، ونفاذ التشريع، والرقابة القضائية على صحة التشريعات ، ثم لعمليتـي تقنـين وإلغـاء التشريع، فإذا انتهينا من ذلك كله نعكف على بيان مزايا التشريع وعيوبه[٣٤٥] .

كذلك البدراوي رقم ١٠٠ ص ٦٠ ، والسنهوري وأبو ستيت رقم ١٣٣ ص ١٦٤ وسلامة رقم ٥٦ ص ص١١٤ : ١١٥ .

(٣٤٠) سواء كانت سلـطة تشريعـية (عرفة ص ص٧٦ : ٧٧) أو غير تشريعيـة (صـفوت ص ١١٠ و١١٥) .

(٣٤١) فلا يعد كذلك القانون المدني الذي وضعه محمد قدري باشا مستمداً أحكامه من المذهب الحنفـي تشريعاً فهو لم يوضع من مختص بالتشريع بل من فقيه (القاضي ص ١٢٦) : انظر هذا القـانون الذي أطلق عليه مؤلفه مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعـاملات الشـرعية علـى مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ملائماً لعرف الديار المصرية وسائر الأمـم الإسـلامية : دار الفرجاني بالقاهرة ، الطبعة الثانية، سنة ١٩٨٣م .

(٣٤٢) منصور رقم ٤٨ ص ٩٦ ويحيى ص ٧٥ .

(٣٤٣) سلامة رقم ٥ ص ١٩ .

(٣٤٤) فيطلق لفظ التشريع على عملية وضع التشريع أو على القاعدة القانونية الوضعية : انظر في هـذا المعنى تناغو رقم ٨٩ ص ٢٩٣ و ٩١ ص ٢٩٨ .

(٣٤٥) نؤكد بداية أننا نستخدم مصطلح شارع ومشرع وضعي للدلالة على واضع التشريع من بني البشر فإذا تحدثنا عن الله تعالى قلنا المشرع الأعلى أو الشارع الحكيم (انظر في القول بعدم صحة إطلاق لفظ الشارع أو المشرع الأعلى الله عز وجل تعبيراً عن حقيقة أن الحكم لله وحده وحتى لا يلتـبس بهذا المعنى معنى آخر والتوصية باستخدام لفظ المشرع الوضعي للتعبير عن واضع التشريع مـن بني البشر (العطار رقم ٦٤ ص ١٧٤ و ١٧٥) . ونحن في موقفنا هذا لا نرفض وجهـة النظـر الأخيرة التي يقصد بها توقير الله تعالى وتنزيهه عن كل ما قد يعلق في الأذهان من خلـط واجـب الاستبعاد ، ولكننا نعتقد في وجوب إتباع الشائع بين المتخصصين مـن الفقهـاء والقضـاة وهـو استعمال المصطلحات السابقة كمترادفات وخص الله تعالى بمصطلح الشـارع الأعلـى والشـارع الحكيم ، وليس في ذلك مساساً بأي شيء لأن الناس درجوا على استعمال أوصاف لله تعالى بالنسبة للأفراد دون أن يقع خلط في ذهن أحد فيقال فلان عظيم أو رحيم أو رءوف أو كريم وهـذا يـدلنا على أن العبرة ليست بالألفاظ بل بالملابسات التي يستخدم فيها اللفظ في المقام الأول .

الفرع الأول

ســــن التشــــريــــع

يفرق الفقهاء بين ثلاثة أنواع من التشريعات ينفرد كل منها بإجراءات خاصـــة في سَنِّهِ أي في وضعه ، وهذه الأنواع هي : التشـــريع الأساســـي أو الدســـتور ، والتشريع العادي والتشريع الفرعي .

ولا تتمتع هذه الأنواع الثلاثة بطبيعة الحال بنفس القوة ، فالتشـــريع الأساســـي يحتل القمة دون شريك ويليه التشريع العادي ثم التشـــريع الفرعـــي ، وإذا حـــدث خلاف بين نصوص هذه التشـــريعات حســـم لصـــالح التشـــريع الأعلـــى[٣٤٦] أو الأقوى[٣٤٧].

أولا : سَنٌّ التشريع الأساسي أو الدستور : يقصد بالدستور مجموعة القواعد المحددة لشكل الدولة ونظام الحكم فيها والمبينة لحقوق الأفراد وحرياتهم الأساســـية التي يتمتعون بها . وهو بذلك يحتل قمة التشريعات قاطبة[٣٤٨] .

ولا توجد طريقة واحدة لوضع الدستور، بل أربعة طـــرق تختلـــف بـــاختلاف الظروف السياسية السائدة . هذه الطرق هـــي :المنحـــة ، والاتفـــاق (أو العقـــد) ، والجمعية التأسيسية والاستفتاء .

ونشير بداية إلى أن المنحة والاتفاق طرق غير ديمقراطية لوضع الدستور، في حين أن الجمعية التأسيسية والاستفتاء من الطرق الديمقراطية لوضعه، وهـــذا مـــا سيتضح لنا فيما يلي :

---

(٣٤٦) يحيى ص ٧٨ .

(٣٤٧) كان التدرج التشريعي في مصر كالآتي : الدستور ثم القانون ثم الأمر الملكي (ويصدر من الملك وحده أو بمشاركة بعض الوزراء) والمرسوم أو الأمر العالي ويصدر بقرار من مجلس الـــوزراء ويصدر من مجلس الوزراء وحده دون أن يمضي عليه الملك ثم القرار الـــوزاري ويصـــدر مـــن الوزير المختص وحده دون حاجة لموافقة مجلس الوزراء ثم القرارات التي تصدر مـــن مـــديري الأقاليم ومحافظي المدن والإدارات ونحو ذلك وهذه تصدر من الجهة المختصة وحدها دون حاجـــة إلى موافقة الوزير : السنهوري وأبو ستيت ، رقم ١٤٤ ص ص١٨٨:١٨٧ .

(٣٤٨) ويرى البعض أن الميثاق الوطني هو صاحب القمة بوصفه أبو الدستور : ســـلامة رقـــم ٥٩ ص ١٢٢ (انظر عكس ذلك لاحقاً هامش رقم ١٤٥ ص ١٢٢) .

الطريقة الأولى : المنحة : (L'octroi): تتمثل هذه الطريقة في قيام الحاكم المهيمن على البلاد بإصدار الدستور في صورة "منحة" منه إلى شعبه .وعادة ما يتخذ الحاكم قرار المنح نزولاً على إرادة شعبه[٣٤٩] وهذا يوضح أن مصطلح "منحة" لا ينصرف إلا إلى الشكل الذي يختاره الحاكم لإصداره بالدستور .والمثال التقليدي على ذلك هو الدستور المصري الذي صدر بالأمر الملكي رقم ٤٣ في ١٩ من أبريل/نيسان سنة ١٩٢٣ [٣٥٠] ، فقد أصدره الملك فؤاد بعبارة "نحن ملك مصر[٣٥١].. أمرنا بما هو آت" [٣٥٢] .

الطريقة الثانية : الاتفاق أو العقد (Le Pacte): ويتم هذا الاتفاق أو العقد عن طريق التقاء إرادتي الحاكم والشعب أو ممثليه ، وأشهر الأمثلة على الدساتير التي تتم بهذه الطريقة هي دستور فرنسا الصادر سنة ١٨٣٠م[٣٥٣] .

الطريقة الثالثة : الجمعية التأسيسية (L'Assemblée constituante) : هنا يوضع الدستور من قبل جمعية منتخبة من الشعب لهذا الغرض . وبانتهاء الجمعية من هذه العملية يعد الدستور نافذاً دون حاجة إلى استفتاء على أحكامه أو موافقة الحاكم عليه . وسند ذلك هو انصراف تفويض الشعب للجمعية في وضع الدستور إلى نفاذه أيضاً وأشهر الأمثلة التي استخدمت فيها هذه الطريقة هي دساتير الولايات المختلفة في الولايات المتحدة الأمريكية فضلاً عن دستورها الفيدرالي الصادر سنة ١٧٧٨م[٣٥٤] .

الطريقة الرابعة : الاستفتاء (Le Référendum) : تعد هذه الطريقة

(٣٤٩) عبد العال ص ٤٨ .

(٣٥٠) وكذلك دستور سنة ١٨١٤ في فرنسا ودستور إمارة موناكو الصادر في ٥ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩١١ والدستور الياباني الصادر في سنة ١٨٨٩ والدستور اليوغسلافي الصادر في سنة ١٩٣١ والدستور الأثيوبي الصادر سنة ١٩٣١ : عبد العال ص ٥٠ ما بعدها .

(٣٥١) اتخذ الملك فؤاد هذا اللقب لنفسه في ١٥ من مارس/آذار سنة ١٩٢٣ وكان قبل ذلك يسمى بالسلطان فؤاد على إثر تصريح ٢٨ من فبراير/شباط سنة ١٩٢٢ الذي أنهت بموجبه إنجلترا الحماية على مصر واعترفت بها دولة مستقلة ذات سيادة : انظر في تفصيل ذلك عبد العال ص ١٨٤ وما بعدها والقاضي ص ١٣٤ .

(٣٥٢) انظر الوثائق الدستورية ،الجزء الأول ، الدساتير المصرية ١٨٠٥ : ١٩٧١ التي أعدها وأصدرها مركز التنظيم والميكروفيلم بمؤسسة الأهرام سنة ١٩٧٧ .

(٣٥٣) وكذلك دساتير اليونان سنة ١٨٤٤ ، ورومانيا سنة ١٨٦٤ ، وبلغاريا سنة ١٨٧٩ ، والعراق سنة ١٩٢٥، والكويت سنة ١٩٦٢، والسودان سنة ١٩٧٣ :عبد العال ص ٥٣ وما بعدها .

(٣٥٤) وكذلك الدساتير الفرنسية الصادرة سنوات ١٧٩١ و ١٨٤٨ و ١٨٧٥، ويوغسلافيا سنة ١٩٤٦ ، والهند سنة ١٩٤٩، والمجر سنة ١٩٤٩ ، وليبيا سنة ١٩٥١ : عبد العال ص ٥٨ .

أرقي طرق وضع الدساتير[٣٥٥] ، وتتمثل في قيام جمعية منتخبة من أفراد الشعب[٣٥٦] بوضع الدستور ثم يعرض على الشعب في استفتاء عام ليتحقق له النفاذ.

ويلاحظ أن هذه الطريقة هي التي اتبعت في وضع الدستور المصري الحالي الصادر في ١١ من سبتمبر/أيلول سنة ١٩٧١م والذي أصدره الرئيس السابق محمد أنور السادات بالعبارات الآتية "بعد الاطلاع على نتائج الاستفتاء على دستور جمهورية مصر العربية والذي أجري في اليوم الحادي عشر من سبتمبر/أيلول سنة ١٩٧١م وعلى إجماع كلمة الشعب على الموافقة على هذا الدستور ... يصدر دستور جمهورية مصر العربية بالنص المرفق"[٣٥٧] .

ويلاحظ أن طريقة تعديل التشريع الأساسي تختلف باختلاف طبيعة الدستور نفسه ، فهناك الدستور المرن والدستور الجامد ، وهذا كله يحتاج إلى بعض التفصيل: [٣٥٨]

الدستور المرن (constitution souple) : هو الدستور الذي يقبل التعديل بقانون يصدر من السلطة التشريعية بإتباع نفس القواعد والإجراءات المقررة لوضع وتعديل القوانين العادية ونمثل لهذا النوع من الدساتير بالدستور الإنجليزي الحالي والدستور الإيطالي الصادر سنة ١٨٤٨م .

الدستور الجامد (constitution rigide) : وهو الدستور الذي لا يقبل التعديل

---

(٣٥٥) منصور رقم ٥٢ ص ١٠١ أو هي أكثر طرق وضع الدساتير قرباً من الديمقراطية المثالية : عبد العال ص٦٣ .

(٣٥٦) قد يتم وضع الدستور من الحاكم نفسه أو من لجنة يقوم هو بتعيينها وهنا تسمى الطريقة المستخدمة (plebiscite) بالمقابلة للطريقة الواردة في المتن والتي يطلقون عليها Référendum : انظر في بيان ذلك ونقده عبد العال ص ٦٣ وما بعدها .

(٣٥٧) ورد في قرار وزير الداخلية بإعلان نتيجة الاستفتاء (قرار صدر في ١٢ من سبتمبر/أيلول سنة ١٩٧١) ونشر بالوقائع المصرية العدد رقم ٢٠٨ ، تابع (١) في ١٢ من سبتمبر/أيلول سنة ١٩٧١) أن موافقة أغلبية الناخبين على الدستور بلغت ٧،٨٦٢،٦١٧ صوتا مقابل ١ر٣٦٣ صوتا ، وورد في الجدول التفصيلي المرفق بالقرار أن النسبة المئوية لجملة الحاضرين إلى جملة عدد الناخبين المدعوين بلغت ٩٨ر٣١١% وأن النسبة المئوية لعدد آراء الموافقين إلى عدد الآراء الصحيحة التي أعطيت هي ٩٩،٩٨٢%انظر في ذلك مجموعة الوثائق الدستورية ، سابق الإشارة إليها ، ص ص٣٩٢ : ٣٩٣ .

(٣٥٨) عبد العال ص ١١٠ وما بعدها .

إلا بإجراءات تختلف عن الإجراءات المتبعة في وضع وتعديل القوانين العادية . وتختلف درجة هذا الجمود بحسب طبيعة الإجراءات المتطلبة في هذا الشأن . وتنتمي أغلب الدساتير المكتوبة الحالية إلى هذا النوع من أنواع الدساتير بما في ذلك الدستور المصري الحالي الصادر سنة ١٩٧١م[٣٥٩] .

ثانياً : سن التشريع العادي (أو القانون بالمعنى الضيق) [٣٦٠]: يقصد بالتشريع العادي[٣٦١] مجموعة القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التشريعية للدولة وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في الدستور .

وقد نظم دستور سنة ١٩٧١ المعمول به حالياً في مصر هذه الإجراءات في المواد ١٠٩: ١١٣ مفرقاً بين اقتراح التشريع الذي يتم من رئيس الجمهورية أو أحد أعضاء مجلس الشعب والقرار بقانون الذي يصدره رئيس الجمهورية مباشرة في حالتين محددتين وذلك على التفصيل الآتي :

١- **اقتراح التشريع** (Proposition de législation) : جعل الدستور اقتراح

---

(٣٥٩) تنص المادة ١٨٩ من هذا الدستور على أنه لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الشعب طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور ، ويجب أن يذكر في طلب التعديل المواد المطلوب تعديلها والأسباب الداعية إلى هذا التعديل . فإذا كان الطلب صادراً من مجلس الشعب وجب أن يكون موقعاً من ثلث أعضاء المجلس على الأقل .وفي جميع الأحوال يناقش المجلس مبدأ التعديل ويصدر قراره في شأنه بأغلبية أعضائه ، فإذا رفض الطلب لا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضي سنة على هذا الرفض وإذا وافق مجلس الشعب على مبدأ التعديل يناقش بعد شهرين من تاريخ هذه الموافقة ، المواد المطلوب تعديلها ، فإذا وافق على هذا التعديل ثلث عدد أعضاء المجلس عرض على المجلس لاستفتائه في شأنه . فإذا ووفق على هذا التعديل اعتبر نافذاً من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء .

(٣٦٠) زكي رقم ٤٢ ص ٨٢ والجمال والعدوي ص ٣٦ ، ومنصور رقم ٥٣ ص ١٠٢ وسلامة رقم ٥٨ ص ص١١٨: ١١٩ وانظر في شرح قواعد المسئولية عن إصدار القوانين والمطالبة بإسناد مهمة التعويض عن القوانين غير الدستورية للمحكمة الدستورية العليا لتجتمع لها الرقابة على القانون بجناحيها : الإلغاء والتعويض : د. حنفي على جبالي ، المسئولية عن القوانين (دراسة مقارنة) ، القاهرة سنة ١٩٨٧ خصوصاً ص ٦٥٩ . وانظر في التنديد بدور جماعات الضغط من أصحاب المصالح الخاصة الذين يسعون إلى إصدار قوانين خادمة لمصالحهم فحسب والتأكيد على أن علاج ذلك هو في تطبيق قواعد النظام الديمقراطي في كافة مراحل الترشيح والانتخاب للبرلمان بحيث يصبح البرلمان بمثابة ممثل إلى حد كبير للطوائف والقوي السياسية المتفاعلة في المجتمع وهو ما يضمن التوازن والتفاعل فيما بينها للحد من وجود الانحراف التشريعي : انظر في ذلك د. محمد ماهر أبو العينين ، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته ، دراسة تطبيقية في مصر ، دار النهضة العربية سنة ١٩٨٧ خصوصاً ص ٩٧٠ .

(٣٦١) يقابل البعض بين مصطلح التشريع العادي الرئيسي الصادر من السلطة التشريعية والتشريع الاستثنائي الصادر من السلطة التنفيذية (كما سنري ص ٦٧ وما بعدها) : العطار رقم ٧٦ ص ١٧٦ .

التشريع حقاً لرئيس الجمهورية ولكل عضو من أعضاء المجلس التشريعي[٣٦٢] أي الشعب [٣٦٣]ويلاحظ أن حق رئيس الجمهورية قد يباشره وحده وقد يباشره عن طريق أحد الوزراء ، كما يلاحظ ضرورة عرض مشروعات القوانين المكملة للدستور على مجلس الشورى طبقاً للمادة ١٩٥ من الدستور التي تلزم بأخذ رأي مجلس الشورى في هذه المشروعات . ويعد المشروع مكملا للدستور بشرطين **أولهما** أن يكون الدستور ابتداءً قد نص صراحة في مسألة بعينها على أن يكون تنظيمها بقانون أو وفقا لقانون أو في الحدود التي يبينها القانون أو طبقا للأوضاع التي يقررها، **وثانيهما** أن يكون هذا التنظيم متصلا بقاعدة كلية مما جرت الوثائق الكلية علي احتوائها وادراجها تحت نصوصها. ويقتضي المنطق في – رأينا – أن يؤخذ رأي مجلس الشورى وجوبا فيما يتعلق بالاقتراح بقانون لاتحاد العلة وإن كان صريح نص المادة ١٩٥ من الدستور لا يشير إلا إلى مشروعات القوانين دون الاقتراحات بالقوانين[٣٥مكرر].

ويخضع الاقتراح لعدة عمليات قبل أن يصبح تشريعاً وهي الدراسة أو التحضير ، والتصويت والتصديق على النحو الآتي :

أ ــ الدراسة أو التحضير (Préparation) : نفرق في هذا الصدد بين الاقتراح المقدم من رئيس الجمهورية أو أحد الوزراء (مشروع بقانون) والاقتراح المقدم من أحد أعضاء مجلس الشعب (اقتراح بقانون) :

(١) الاقتراح المقدم من رئيس الجمهورية أو أحد الوزراء : **المشروع بقانون:** يحال هذا الاقتراح إلى إحدى لجان مجلس الشعب لفحصه وتقديم تقرير عنه ثم يطرح على أعضاء المجلس لمناقشته[٣٦٤].

---

(٣٦٢) لم يفرق المشرع بذلك بين المشروع بقانون الذي يصدر من رئيس الجمهورية والاقتراح بقانون الذي يصدر من عضو مجلس الشعب فكلا المصطلحين يعبر عنهما باصطلاح اقتراح التشريع (مرقس رقم ٨١٠ ص ١٨٦، وتناغو رقم ٩٥ ، والبدراوي رقم ١١٦ ص ١٨١ والعطار رقم ٨١ ص ١٧٩ وعرفة ص ٨٨٠) وإن كانت اللائحة الداخلية لمجلس الشعب أخذت بهذه التفرقة (ووفق على العمل بهذه اللائحة في ١٦ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٧٩).

(٣٦٣) مجلس الشعب هو صاحب الاختصاص الأصيل في التشريع عملاً بحكم المادة ٨٦ من الدستور وحقه في ذلك مطلق بحيث يستطيع تنظيم أي موضوع غير مقيد إلا بأحكام الدستور : المحكمة الدستورية العليا، طعن رقم ١١٤ س ٥ قضائية صادر في ٦ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٥ ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، جـ٣ رقم ٢٧ ص ١٧٦ .

(٣٥مكرر) المحكمة الدستورية العليا في ٣ من يونيه / جزيران سنة ٢٠٠٠، الجريدة الرسمية العدد ٢٤ في ١٧ من يونيه سنة ٢٠٠٠ ص ١٧٤٣.

(٣٦٤) يعرض الرئيس على المجلس مشروعات القوانين في أول جلسة تالية لورودها من الحكومة ليقرر المجلس إحالتها إلى اللجان المختصة ، وللرئيس أن يحيلها إلى اللجان المختصة مباشرة ويخطر المجلس بذلك في أول جلسة : مادة ١/١٤٠ من اللائحة الداخلية لمجلس الشعب .

(٢) الاقتراح المقدم من أحد أعضاء مجلس الشعب : الاقتراح بقانون : يستلزم الدستور إحالة اقتراح التشريع المقدم من أحد أعضاء مجلس الشعب إلى لجنة خاصة لإبداء الرأي في جواز نظر المجلس للاقتراح وذلك بعد أن يقر المجلس ذلك . وبعد ذلك يحال الاقتراح إلى إحدى لجان مجلس الشعب لفحصه وتقديم تقرير عنه ثم مناقشته من الأعضاء جميعاً كما هو الحال بالنسبة للمشروع بقانون . فموطن الخلاف بينهما يكمن في الإجراءات: فيقدم المشروع بقانون مباشرة إلى اللجنة أما الاقتراح بقانون فلابد من أن يخضع لعملية سابقة على ذلك للتأكد من استيفائه الشكل الفني القانوني . وسند ذلك أن الاقتراح بقانون لا تتيسر له إجراءات الدراسة التي يحظى بها المشروع بقانون الذي تعده الدولة بمعرفة لجان متخصصة، فالاقتراح بقانون قد يقدمه أي عضو من أعضاء المجلس أيا كانت درجة علمه بأحوال الصياغة القانونية السليمة . بعبارة أخرى أن الحكومة تطرح نصاً قانونياً مدروساً أما العضو فيطرح عادة أفكاراً تفتقر إلى الصياغة القانونية الدقيقة[٣٦٥] .

ب ـ التصويت[٣٦٦] **(Vote)** : إذا قامت اللجنة المختصة بدراسة التشريعات بإعداد تقريرها عن المشروع المقترح وإرساله إلى المجلس، يبدأ المجلس في مناقشته ثم التصويت عليه مادة (مادة ١٠٧/ ٢ من الدستور) [٣٦٧].

وتستلزم المادة الأخيرة حضور أغلبية أعضاء مجلس الشعب حتى يكون انعقاده صحيحاً، وأن يصدر المجلس قراراته بالأغلبية المطلقة للحاضرين (النصف + واحد) وعند تساوي الآراء يعد الموضوع الذي جرت بشأنه المناقشة مرفوضاً (مادة ١٠٧/٣ من الدستور).

ونؤكد بأن المادة ١١١ من الدستور نفسه تنص على أن كل مشروع قانون اقترحه أحد الأعضاء ورفضه المجلس لا يجوز تقديمه للمجلس ثانية في نفس دور الانعقاد .

جـ- التصديق (Sanction) : يرسل المجلس المشروع بعد الموافقة عليه إلى رئيس الجمهورية ، ولرئيس الجمهورية حق إصدار القوانين أو الاعتراض

---

(٣٦٥) خضر رقم ١٢٩ ص ١٤٩ .
(٣٦٦) أو الاقتراع : العطار رقم ٨١ ص ١٨٠ .
(٣٦٧) تنص المادة ١٤٩ من اللائحة الداخلية لمجلس الشعب على أن ينتقل المجلس بعد الموافقة على المشروع من حيث المبدأ إلى مناقشة مواده مادة مادة بعد تلاوة كل منها ، ويؤخذ الرأي في كل مادة على حدة ، ثم يؤخذ الرأي على المشروع في مجموعه .

عليها[٣٦٨] . وإذا اعترض رئيس الجمهورية على مشروع قـانون أقـره مجلـس الشعب رده إليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغ المجلس إياه ، فإذا لم يرد إليـه مشروع القانون في هذا الميعاد اعتبر قانوناً وأصـدر[٣٦٩]. وإذا رد فـي الميعـاد المتقدم إلى المجلس وأقره ثانية بأغلبية ثلثي أعضائه اعتبر قانوناً والتزم رئـيس الجمهورية بإصداره . ويلاحظ هنا أن أغلبية الإقرار أكبر منها في الحالة الأولى ، فهي ثلثي الأعضاء وليس الأغلبية المطلقة للحاضرين ، وهذا الاعتراض[٣٧٠] يعد في واقع الأمر وسيلة في يد السلطة التنفيذية للضغط على السلطة التشـريعية بمـا يحقق التوازن المرغوب بين السلطتين . فتبقي، كما قيل بحق، للسلطة التشـريعية الكلمة الأخيرة إذا حشدت للموافقة على القانون من جديد الأغلبية المطلوبـة [٣٧١].
وإذا استكمل التشريع هذه المراحل الثلاث وهي الدراسة والتصويت والتصديق قام رئيس الجمهورية بإصداره طبقاً للمادة ١١٢ من الدستور على ما سنراه لاحقاً .

٢ – القرار بقانون (Les décrets - Lois) : حالتان : تتـولى هنـا السـلطة التنفيذية مهام التشريع خروجاً على الأصل العام ، ويجيز الدستور المصري الحالي لرئيس الجمهورية. إصدار قرارات لها قوة القانون في حـالتين وهمـا التفـويض والضرورة ، وذلك على التفصيل الآتي :

الحالة الأولى : التفـويض : لرئيس الجمهورية أن يصـدر تشـريعاً يسـمي بالتشريع التفويضي [٣٧٢] بشـروط ثلاثـة وهـي توافـر حـالة ضـرورة ، استثـنائية[٣٧٣]، حال كونه مفـوضاً في ذلك [٣٧٤]. ويتعـين أن يكـون هـذا

---

(٣٦٨) مادة ١١٢ من الدستور الحالي .

(٣٦٩) فإذا أصدره رئيس الجمهورية قبل فوات الميعاد المحدد لاستعمال حق الاعتراض عُدَّ هذا نـزولاً من جانبه عن استعمال هذا الحق : مرقس رقم ٨٥ ص ١٨٩ وكيره رقم ١٣٢ ص ٢٤٤ .

(٣٧٠) مادة ١١٣ من الدستور الحالي . ويعتبر الشراح اعتراض رئيس الجمهورية هنا اعتراضاً توقيفياً (veto suspensif) : مرقس رقم ٨٣ ص ١١٨ ، والبدراوي رقم ١١٦ ص ١٨٢، وأبو السـعود ص ٣٣٦ وخضر رقم ١٢٩ ص ١٥٠ .

(٣٧١) كيره رقم ١٢٩ ص ص ٢٣٥ : ٢٣٦ .

(٣٧٢) يجوز له أن يفوض أحد الوزراء في إصدار تشريعات فيما فوض فيه ، ويكون لهذه التشـريعات قوة القانون ويتعين نشرها في الجريدة الرسمية : نقض مدني ، ١٧ من مايو/أيـار سـنة ١٩٥٦ ، مجموعة المكتب الفني، س ،٧ رقم ٨٣ ص ٦٠٧ والمقصود بذلك أن يكون التفويض قد تم وفقـاً لأحكام القانون : انظر لاحقاً الهامش رقم٤٧ ص ١٠٦ . وانظر في استخدام التسمية الواردة فـي المتن : تناغو رقم ٩٩ ص ٣٢٥ وأبو السعود ص ٣٤٠.

(٣٧٣) ولا يعد توافر هذه الحالة شرطاً لإصدار التشريعات التفويضية بل في التفويض بإصداره (قـارن جلال إبراهيم رقم ٨٠ ص ١٣٤)

(٣٧٤) تكون للقرارات بقوانين التي يصدرها رئيس الجمهورية بناء على هذا التفـويض قـوة القـانون وتتناول كل ما يتناوله التشريع الصادر من السلطة التشريعية بما في ذلك الموضوعات التي نـص الدستور على أن يكون تنظيمها بقانون (دعوى رقم ٨ س ٥ قضائية عليا : المحكمة العليا فـي ٦ من مارس/آذار سنة ١٩٧٦ ، مجموعة الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية ، المجلد الأول ،

التفويض لمدة محددة[٣٧٥] وأن تعين فيه موضوعات هذه القرارات[٣٧٦] والأسس التي تقوم عليها . وأوجب المشرع الدستوري عرض هذه القرارات عقب صدورها على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض ــ مهما طالت ــ وسوى بين عدم عرضها وعدم موافقة المجلس عليها عند عرضها في الجزاء، وجعله زوال ما كان لها من أثر بقوة القانون بالنسبة للمستقبل فقط، أما ما ترتب عليها من آثار في الماضي فلا يعاد النظر فيه لأنها ترتبت بناء على تفويض صحيح صادر من السلطة التشريعية [٣٧٧].

ونؤكد هنا بأن الحكمة قد تقتضي هذا التفويض لاعتبارات خاصة بالمصلحة العامة ، بمعنى أن التفويض في حد ذاته غير معترض عليه من حيث المبدأ ، فعلى سبيل المثال تقتضي المصلحة العامة كتمان إعلان القوانين الخاصة بفرض رسوم أو ضرائب[٣٧٨] . فيفاجئ بها الخاصة والعامة عندما يصدرها رئيس

رقم ٣٢ ص ٣٤٥ وما بعدها ودعوى رقم ١٣٩ و ١٤٠ س ٥ قضائية ، ٢١ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨٦ ، مجموعة الأحكام السابقة ، جـ٣ ، رقم ٥٠ ص ٣٣٦) . لذا حكم بأن التعارض بين القانون الصادر وفقاً للتفويض وبين لائحته التنفيذية يتعين حسمه لصالح القانون : نقض جنائي في ١٩ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٨٩ طعن رقم ٦١٥٦ س ٥٨ ق منشور في مجلة القضاة ، س ٢٢ ع ١، ١٩٨٩ ص .١٦٤ كما حكم بأنه إذا ناط المشرع بفرد أو هيئة اختصاصاً معيناً فيجب أن تزاوله بنفسها ولا يجوز التفويض أو الحلول فيه إلا وفقاً لأحكام القانون، وعلى هذا الأساس يكون قرار رئيس مجلس الوزراء قد صدر صحيحاً ويملك سلطة إصداره ما دام قد صدر طبقاً لقانون التفويض رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧ الذي أجاز لرئيس الجمهورية التفويض في بعض= = الاختصاصات لرئيس مجلس الوزراء: محكمة النقض الطلب رقم ١٥٠ س ٥٩ ق "رجال القضاء" جلسة ٣ من يوليه/تموز سنة ١٩٩١ (غير منشور).

(٣٧٥) ربط التفويض بظروف الحرب بحيث يدور معها وجوداً وعدماً ينطوي على تحديد لمدة التفويض بما تنتفي معه مخالفة الدستور : دعوى رقم ٩ س ٤ ق عليا دستورية ، ٥ من أبريل/نيسان سنة ١٩٧٥ ، مجموعة الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية ، المجلد الأول ، رقم ٢٦ ص ٢٥٨ .

(٣٧٦) ويلاحظ أن اتسام التحديد بالسعة لا ينفي شرط التعيين : الحكمان السابقان المشار إليهما في هامش ٤٥ و ٤٦ . وقد حكم كذلك بأن ورود القرار بقانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٩ بشأن المجلس الأعلى للهيئات القضائية في نص المادة ١١٣ من الدستور الصادر في ٣١ من سبتمبر/أيلول سنة ١٩٧١ ونصوص قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ رغم صدوره في الأصل متجاوزاً حدود التفويض التشريعي الممنوح لرئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٥ مؤداه إقرار السلطة التشريعية له وصيرورته قانوناً قائماً لا ولاية للمحاكم بإلغائه : نقض مدني (طلبات جال القضاء) ، ٢٩ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨٢ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٣ ج١ ، رقم ١٠ ص ٣٥ .

(٣٧٧) عبد العال ص ٢٧١ . ويعترض البعض ، بحق ، على هذه النتيجة انطلاقا من غيرته على الشرعية ، فقد يقدم رئيس الجمهورية على إصدار قوانين بالتجاوز لحدود التفويض وهو آمن إلى أنها ستحقق الأغراض المبتغاة منها ، لا سيما إذا كانت مدة التفويض طويلة ، حيث لن يترتب على رفض المجلس لها إلا زوالها بالنسبة للمستقبل (جلال إبراهيم رقم ٨١ ص ١٣٥ هامش رقم ١) وهو لذلك يجد أن الجزاء الذي نص عليه الدستور بشأن لوائح الضرورة الصادرة في غير حالات الضرورة "أفضل من هذا الجزاء بكثير" : انظر لاحقاً هامش رقم ٥٥ ص ١٠٨.

(٣٧٨) خضر رقم ١٣٠ ص ١٥٢ .

الجمهورية بناء على تفويض أما إذا تركت للإجراءات العادية تنبه إليهـا الجميـع وتلاعبوا بشأنها ولكن المؤسف أن يعتبر التفويض أمراً روتينياً يقوم بـه المجلـس النيابي كلما انقضت مدته دون تفكير أو روية[٣٧٩] .

الحالة الثانية : الضرورة : أجاز الدستور إصدار قرارات لها قـوة القـانون تسمى بلوائح الضرورة أو تشريعات الضرورة[٣٨٠] إذا حدث فـي غيبـة مجلـس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير[٣٨١].وقد أناط الدستور هذا الإصدار برئيس الجمهورية (مادة ١٤٧) .

وقد فرض الدستور عدة ضمانات على هذه السلطة الجوازية لتقييدها ، فأوجبت المادة ٢/١٤٧ من الدستور عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة

---

(٣٧٩) حكم في مجال بعدم دستورية تفويض رئيس الجمهورية في تعـديل جـدول فئـات الضـرائب (الضرائب على الاستهلاك حيث يعد ذلك فرضاً لضريبة عامة لا يجوز فرضها بقـرار مـن رئـيس الجمهورية ولو أقرتها السلطة التشريعية فيما بعد عند العرض عليها : المحكمة الدستورية العليـا فـي ٤ من مايو/أيار سنة ١٩٩٦ ، الجريدة الرسمية ، العدد ١٩ في ١٦ من مايو/أيار سنة ١٩٩٦ ص ٨٨٦ .

(٣٨٠) البدراوي رقم ١٢٠ ص ١٨٧ ومرقس رقم ٨٩ ص ٢٠٩ .. قضي بأن تقدير قيام الضـرورة لا يخضع لمعيار ثابت ، وإنما يتغير بتغير الظروف ، فلا يكون رئيس الجمهورية قد جاوز سلطته إن هو راعي ضرورات ملحة قوامها تخفيف توازن بـين مصـالح اقتصـادية جوهريـة للمجتمـع واعتبارات العدالة (المحكمة الدستورية العليا ، القضية رقم ٧٦ لسـنة ٢٢ قضـائية/دسـتورية ، الجريدة الرسمية ، العدد ٢٩ تابع ب في ١٨ من يوليه/تمـوز سـنة ٢٠٠٢م ص ٣٨) : تطبيـق خاص بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨م المعدل لقانون إنشاء المحكمـة الدسـتورية العليـا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م .

(٣٨١) قدرت المحكمة الدستورية العليا أن الأسباب التي استندت إليها الحكومة في التعجيـل بإصـدار القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية لا تعـد كافيـة للقول بانعقاد رخصة التشريع الاستثنائي لرئيس الجمهورية، وحكمت بعدم دستورية هـذا القـرار بقانون : طعن رقم ٢٨ س ٢ قضائية ، ٤ من مايو/أيار سنة ١٩٨٥ ، مجموعة أحكـام المحكمـة الدستورية العليا ، جـ٣ ، رقم ٢٩ ص ١٩٥ على العكس حكمت المحكمة بأن هذه الأسباب كافية لإصدار القرار بقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ الخاصة بتصفية الأوضـاع الناشـئة عـن فـرض الحراسة لوجوب الإسراع في مواجهة ما قد يترتب على استرداد بعض الأموال والممتلكات عينـاً من الحائزين لها من آثار خطيرة تمس بعض الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية والسياسية (طعـن رقم ١٣٩ و ١٤٠ س ٥ قضائية في ٢١ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨٦ ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، المجلد الثالث ، رقم ٥٠ ص ٣٣٦ (سابق الإشارة إليه). كما أنه ليس من شـأن هذا الإقرار في ذاته أن ينقلب به القرار بقانون (رقم ١٥٤ لسنة ١٩٨١) إلى عمل تشريعي جديـد يدخل في زمرة القوانين التي يتعين أن تتبع في كيفية اقتراحها والموافقة عليها وإصدارها القواعـد والإجراءات التي حددها الدستور في هذا الصدد وإلا ترتب على مخالفتها عدم دستورية القـانون ، المحكمة الدستورية العليا ، ٢ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٩ ، الجريدة الرسمية ، العـدد ٢ ، ١٤ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٩ ص ص١٤٨: ١٥٩.

عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً أو في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته [٣٨٢]، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك[٣٨٣] ، وإذا عرضت ولم يقرها المجلس، زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون إلا إذا رأي المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر.

"مفاد ذلك أن الأمر يختلف بين ما إذا كان المجلس في عطلته السنوية العادية التي تتخلل دوري انعقاد متتابعين بذات الفصل التشريعي ، أو إذا كان المجلس غير قائم سواء بالحل أو بوقف جلساته ، ففي الحالة الأولى يتعين العرض خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ صدور القرارات بقوانين ، وفي الحالة الثانية يجب عرضها في أول اجتماع للمجلس . متي كان ما تقدم ، وكان القرار المطعون فيه قد صدر أثناء العطلة الثانوية لمجلس الشعب ، بما يقتضي عرضه على المجلس أثناء المدة المشار إليها ، وهو العرض الذي يتم بإيداع القرارات بقوانين المجلس وإحالتها إلى اللجان المختصة لدراستها على أن تكون لها الأولوية على ما عداها من الأعمال وفقًا لنص المادة (١٧٣) من اللائحة الداخلية للمجلس ، وإذا كان الثابت من مضبطة الجلسة الثامنة لمجلس الشعب في دور الانعقاد العادي الرابع المعقودة يوم ١٩٩٨/١٢/٥ والتي تضمنت المناقشات الخاصة بالقرار بقانون الطعين ، أن ذلك القرار بقانون قد صدر بتاريخ ١٩٩٨/٧/١٠ وأودع بمجلس الشعب في

---

(٣٨٢) "إقرار مجلس الشعب للقرار بقانون لا يترتب عليه سوى مجرد استمرار نفاذه بوصفه الذي نشأ عليه كقرار بقانون دون تطهيره من العوار الدستوري الذي لازم صدوره" :حكم الدستورية العليا في ٤ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨٥ المشار إليه في الهامش السابق ، وانظر لاحقاً هامش رقم ٥٧ ص ١٠٩ .

(٣٨٣) ويلاحظ أن المادة ٥٣ من دستور سنة ١٩٥٨ لم تكن تتضمن جزاء على عدم العرض خلافاً للدساتير الأخرى السابقة واللاحقة عليه إذ نصت جميعاً على أن القرارات بقانون التي يصدرها رئيس الجمهورية في غيبة المجلس النيابي لدواعي الضرورة يزول مالها من قوة القانون إذا لم تعرض على المجلس وهذه المغايرة في الحكم بين دستور سنة ١٩٥٨ والدساتير الأخرى تدل على أن المشرع في هذا الدستور قصد ألا يرتب ذلك الأثر على مجرد عدم عرض القرارات بقوانين على مجلس الأمة بل أوجبه فقط في حالة اعتراض المجلس عليها بالأغلبية الخاصة التي نص عليها : المحكمة الدستورية العليا ، القضية رقم ١٨ ، السنة الأولى قضائية ، جلسة ٥ من فبراير/شباط سنة ١٩٨٣ ، مجموعة أحكام وقرارات المحكمة التي أصدرتها من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٨١ حتى ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٣ ، جـ٢ ، رقم ١٣ ص ٧٧ وما بعدها .

١٩٩٨/٧/١١ وأحيل إلى لجنة الشئون الدستورية والتشريعية بذات التاريخ ، وهو ما يتحقق به بدء العرض على المجلس ، فإنه يكون قد استوفي أوضاعه التي يفرضها الدستور ويكون النعي في غير محله حريًا بالرفض" [٣٨٤].

على أية حال فان مقتضى اعتبار اللوائح التفويضية ولوائح الضرورة التي تصدر في الحدود التي بيناها قرارات بقوانين أن تعد ناسخة كلياً أو جزئياً بحسب الأحوال لما سبقها من تشريعات عادية ، وأن تحترم التشريعات الأعلى منها درجة وأن يكون إلغائها وتعديلها جائزاً بقرار بقانون أو بقانون عادي أو بنص دستوري جديد . كل ذلك مادامت قد صدرت في الحدود التي بينها الدستور . فإذا صدرت بالمخالفة لهذه الحدود اعتبرت قرارات إدارية عادية وجاز الطعن عليها بالإلغاء أمام القضاء الإداري[٣٨٥] : فتعد إذن متمتعة بقوة اللوائح العادية بالقدر الذي لا تمس فيه القوانين القائمة سواء بالتعديل أو الإلغاء ، وما زاد على هذا القدر يقبل الطعن فيه بالإلغاء بوصفه مشكلاً لقرار إداري عادي[٣٨٦] .

---

(٣٨٤) المحكمة الدستورية العليا ، القضية رقم ٧٦ لسنة ٢٢ قضائية ، "دستورية" ، الجريدة الرسمية ، العدد ٢٩ تابع (ب) في ١٨ من يوليه/تموز سنة ٢٠٠٢ ص ٣٨ .

(٥٧) نقض مدني ، ٢١ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٧٢ (طعن رقم ٢٦ س ٤١ قضائية (طلبات رجال القضاء) ، المحاماة س ٥٦ رقم ٣٩ ص ٤٦، كما حكمت المحكمة نفسها في ١٧ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٨٩ (الطعن رقم ٤٥٣٦ س ٥٨ ق مشار إليه في مجلة القضاة ، س ٢٢، العدد الأول سنة ١٩٨٩ ، ص ١٥٩) بأن قرار رئيس الجمهورية بإلغاء هيئة الرقابة الإدارية رغم إنشائها بقانون يعد قراراً معدوماً لأن التشريع لا يلغي إلا بتشريع لاحق أعلى منه أو مساو له في مدارج التشريع .

(٣٨٦) الأستاذ الدكتور محمود محمد حافظ ، قرارات الضبط الإداري ، الجزء الأول : القرارات الإدارية بصفة عامة ، القاهرة سنة ١٩٦٤ ص ١٦٨ وما بعدها . وقد حكم بأن استفتاء الشعب على قرار إداري لا يحول دون الطعن فيه لتطهيره من العيوب إذ ليس من شأن الاستفتاء أن يسبغ الصحة على قرار ولو كان باطلاً ، ولا أن يغير من طبيعته فيلحقه بأعمال السيادة ، فالعبرة دائماً بطبيعة العمل ذاته ، (المحكمة الإدارية العليا دائرة منازعات الأفراد والهيئات والتعويضات) ، الطعن رقم ٥٦٤ لسنة ٣٨ ق.ع ، صدر في ٢١ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٩٣ (غير منشور) وكان الأمر يتعلق بالقرار الجمهوري رقم ٤٩٢ لسنة ١٩٨١ فيما قضي به من التحفظ على أشخاص أورد أسماءهم في كشف مرفق بمقولة توافر دلائل جدية على أنهم ارتكبوا أو شاركوا أو جندوا أو استغلوا على أية صورة كانت الأحداث التي هددت الوحدة الوطنية أو السلام الاجتماعي أو سلامة الوطن ، والقرار الجمهوري رقم ٤٩٤ لسنة ١٩٨١ بإلغاء تراخيص بعض الصحف والمطبوعات ، وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة الإدارية العليا قد انتهت في حكمها إلى ولاية قضاء القيم دون جهة القضاء الإداري ، استثناء بالفصل في خصوص طلب إلغاء هذه الإقرارات ، امتثالاً للقرار بقانون رقم ١٥٤ لسنة ١٩٨١ بشأن حماية القيم من العيب والذي رأي واضعه أن محكمة القيم هي الأقدر على الفصل في التظلمات من الإجراءات التي تتخذها المادة

وكل ما قدمناه يتفق وكون تدخل السلطة التنفيذية بالتشريع يتم بوصفها سلطة بديلة طارئة[٣٨٧] لأن الأصل فيها تنفيذ القوانين [٣٨٨]وليس خلقها [٣٨٩] .

وجدير بالذكر في هذا المقام أن الدستور المصري الصادر سنة ١٩٧١ يتمتع بخصوصية – على قدر كبير من الأهمية ــ بشأن المعاهدات الدولية (المادة ١٥١)، حيث يمنحها قوة القانون بعد أن يبرمها رئيس الجمهورية ويصدق عليها وينشرها وزير الخارجية في الجريدة الرسمية للدولة وفقاً للأوضاع المقررة [٣٩٠]، ولم يتطلب الدستور موافقة مجلس الشعب عليها بل الزم رئيس الجمهورية بأن يبلغه بها مشفوعة بما يناسب من البيان . وأورد استثناء على هذه القاعدة مفاده ضرورة الحصول على هذه الموافقة بالنسبة لمعاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة أو التي تتعلق بحقوق السيادة أو التي تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة في الموازنة . ومفاد ذلك أن يلتزم القاضي المصري بتطبيق هذه الاتفاقيات الدولية جميعاً ــ ما

---

٧٤ من الدستور (الحالة الضرورة) .

(٣٨٧) كيره رقم ١٢٩ ص ٢٣٦.

(٣٨٨) عبد الباقي رقم ٩٧ ص ٥٣ .

(٣٨٩) ونؤكد في هذا الشأن أن لرئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه متى أعلنت حالة الطوارئ أن يتخذ بأمر كتابي أو شفوي تدابير استثنائية على أن يعاقب من يخالف هذه الأوامر بالعقوبات = = المنصوص عليها في هذه الأوامر على ألا تزيد هذه العقوبة على الأشغال الشاقة المؤقتة ولا على غرامة قدرها أربعة آلاف جنيه ، فإذا لم تكن تلك الأوامر قد بينت العقوبة على مخالفة أحكامها فيعاقب على مخالفتها بالحبس ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيها (المادة ٥ من قانون رقم= = ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ ، الجريدة الرسمية ، في ٢٨ من سبتمبر/أيلول سنة ١٩٥٨ ، ع ٢٩ مكرر (ب)) وجدير بالذكر أن حالة الطوارئ معلنة في مصر بالقرار الجمهوري رقم ٥٦٠ لسنة ١٩٨١ ومدها رئيس الجمهورية مرتين بالقرار رقم ١١٦ لسنة ١٩٨٨ والقرار رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩١ ، وتنتهي هذه الحالة ، مالم تمد مرة أخرى ، في ٣١ من مايو/أيار سنة ١٩٩٤ (الجريدة الرسمية العدد ١٩ تابع (ب) في ٩ مايو/أيار سنة ١٩٩١ ص ١١) وكانت حالة الطوارئ قد انتهت بالقرار الجمهوري رقم ٢٠٧ لسنة ١٩٨٠ (الجريدة الرسمية ، ٢٠٤ تابع في ١٥ من مايو/أيار سنة ١٩٨٠) قبل أن تعود مرة أخرى بالقرار الجمهوري رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٨١ إثر اغتيال الرئيس محمد أنور السادات . انظر الأمر العسكري الصادر من رئيس مجلس الوزراء بوصفه نائب الحاكم العسكري العام (أمر رقم ٤ لسنة ١٩٩٢) إثر وقوع الزلزال يوم الاثنين الموافق ١٢ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٩٢ " صونا " للأمن وتحقيقا لما تقتضيه ضرورات المحافظة على النظام العام ودرءاً لاستغلال كوارث الطبيعة في العدوان على الأموال العامة والخاصة والعبث بأرواح الناس وسلامتهم (الجريدة الرسمية ، العدد ٤٣ (مكرر) في ٢٤ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٩٢ص ص٢:٤) .

(٣٩٠) انظر في التأكيد على ضرورة توافر هذه "المتطلبات الشكلية" ليكون للاتفاقية قوة القانون : القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ قضائية دستورية ، جلسة ١٩ من يونيه/حزيران سنة ١٩٩٣ ، مجموعة الأحكام والقرارات ، الجزء الخامس / المجلد الثاني ، رقم ٣١ ص ٣٧٦.

دامت قد استوفت الشروط المتقدمة ــ باعتبارها جزءاً من قوانين الدولة الداخلية المنشورة في الجريدة الرسمية وتنطبق القاعدة الأصولية القائلة بأن اللاحق ينسخ السابق (Lex posterior derogat priori)(٣٩١) كل ذلك ما لم ينص القانون الوطني على سمو الاتفاقيات الدولية التي تنضم إليها مصر ولو كانت سابقة أو لاحقة على نفاذ الاتفاقيات الدولية فيها . تطبيقاً لذلك على سبيل المثال نصت المادة ٢٣ مدني على ألا تسري أحكام تناع القوانين والاختصاص القضائي إلا " ... حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في مصر". ويثور الجدل بشأن طائفة واحدة من هذه الاتفاقيات ، وهي الاتفاقيات التي لم تستوفي الشروط الدستورية لنفاذها وطنياً دون أن تكون نافذة دولياً ، فهل تنفذ وطنياً رغم أنها لم تدخل حيز النفاذ الدولي بعد ؟

الرأي عندنا هو بالإيجاب تطبيقاً لصريح نص المادة ١٥١ من الدستور المصري وعدم تقييد حق الدولة في التعجيل بالتنفيذ الوطني لاتفاقية ليست نافذة دولياً ، وهذا الرأي يتطلب حرصاً بالغاً من وزارة الخارجية فلا ترسل أية اتفاقية للمطابع الأميرية لتنشرها وفقاً للأوضاع المقررة إلا إذا تأكدت من دخولها حيز

---

(٣٩١) وهذا هو الرأي الذي يعتنقه القضاء المصري ، انظر على سبيل المثال نقض مدني في ١٨ مايو/أيار سنة ١٩٨٢ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٣ رقم ٩٧ ص ٥٤٢ ، و ٣٠ ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٤ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٥ رقم ٤٣٤ ص ٢٣٠٤ ، و ٢٧ من فبراير/شباط سنة ١٩٩٠ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٤١ / ج١ ، رقم ١٠٥ ص = = ٦١٩ و ١٦ من يوليه/تموز سنة ١٩٩٠ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٤١ /ج٢ ، رقم ٢٤٥ ص ٤٣٤ ، و ١٦ من يوليه/تموز سنة١٩٩٠ طعن رقم ٢٩٩٤ س ٥٧ق (غير منشور) ، ومحكمة أمن الدولة العليا (طوارئ) في ١٦ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٧ جناية رقم ٤١٩٠ لسنة ١٩٨٦ الأزبكية = = (١٢١ كلي شمال) / غير منشور ، والمحكمة التأديبية بطنطا في ١٠ من مارس/آذار سنة ١٩٩١ في الدعوى رقم ١١٢٠ س ١٧ق (غير منشور) . ومحكمة استئناف القاهرة (الدائرة ٦٣ تجاري) في ٢٧ من فبراير/شباط سنة ١٩٩٩ ، التحكيم المقيد بالجدول العمومي تحت رقم ٧٦ لسنة ١١٥ [تظلم في الأمر الصادر في ١٩ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٩٨ الصادر من الدائرة ٨ تجاري للطلب المقيد برقم ١١٥/٦٢ق تحكيم] ، وانظر أمثلة أخرى في مؤلفنا المرجع العملي في الملكية الأدبية الفنية ، الكتاب الثالث ، القاهرة سنة ١٩٩٥ ــ ١٩٩٦ ، ص ١٥ : ١٦ . وجدير بالذكر أن محكمة النقض (الدائرة الجنائية) قد حكمت بضرورة تقيد القاضي الجنائي بإرادة الشارع في القانون الداخلي باعتبارها أولي في الاعتبار بغض النظر عما يفرضه القانون الدولي من قواعد أو مبادئ يخاطب بها الدول الأعضاء في الجامعة العربية ما دام قد ورد في الاتفاقية ما يفيد عدم إخلال أحكامها بأحكام القوانين المحلية في الدول الأطراف المعنية: نقض جنائي في ٦ من مارس/آذار سنة ١٩٧٢ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٣ ،رقم ٧٠ ص ٣٠١ .

النفاذ الدولي أو من إرادة الدولة القاطعة بالتعجيل بتنفيذها داخلياً وهي واعية بأن هذه الاتفاقية ليست نافذة دولياً . وليس أمام من يقول بغير هذه النتيجة المنطقية إلا أن يطالب بتعديل الدستور الحالي الذي لم يورد في تعداده لشروط نفاذ الاتفاقية الدولية داخل مصر أن تكون نافذة دولياً [٣٩٢].

٣- **اللائحة** : (Législation règlementaire / Règlement) [٣٩٣] وهي تشريع يصدر من السلطة التنفيذية بقرار إداري تنظيمي بالمقابلة للقرار الإداري الفردي الذي لا يضع قاعدة قانونية[٣٩٤]، فتعد اللائحة قانوناً من حيث الموضوع دون الشكل نظراً لصدورها من سلطة تنفيذية[٣٩٥] .

وقد أورد المشرع الدستوري في مصر طائفتين من التشريعات الفرعية أو اللوائح وهما اللوائح العادية المنظمة للوظيفة الإدارية واللوائح الاستثنائية (وهي لوائح التفويض ولوائح الضرورة) . وسنعرض هنا للطائفة الأولى لسببين أولهما أننا بصدد دراسة التشريعات الفرعية في حين أن اللوائح الاستثنائية لها قوة القانون أي أنها تعد من التشريعات العادية أما الثاني فهو عدم التكرار حيث سبق لنا دراستها ضمن التشريعات العادية .

ونستطيع تقسيم اللوائح العادية المنظمة للوظيفة الإدارية إلى أقسام ثلاثة هي : اللوائح التنفيذية ، ولوائح الضبط أو البوليس ولوائح تنظيم المرافق العامة . وهذا كله يحتاج إلى بعض التفصيل على النحو الآتي :

---

(٣٩٢) انظر في تفصيل ذلك مؤلفنا المرجع العملي في الملكية الأدبية والفنية ، سابق الإشارة إليه ، ص ص٧١ : ٧٣ .

(٣٩٣) تسمى مراسيم تنظيمية أو مراسيم عامة أو أنظمة إدارية في لبنان : شنب رقم ٦٠ ص ٧٨ .

(٣٩٤) منصور رقم ٥٤ ص ١٠٤ أو هي نصوص إدارية عامة تحقق للحكومة فرصة المشاركة في صنع القرارات المشرعة (القوانين) والإسهام بشكل ملحوظ في إخراج القوانين الصادرة من البرلمان من حيز الوجود القانوني إلى حيز الوجود العملي لتصبح تلك القوانين ذات قابلية تامة للنفاذ الفوري ومواءمة كاملة مع ظروف التطور السريع للبلاد : انظر في ذلك الدكتورة بدرية جاسر الصالح ، السلطة اللائحية في تنفيذ القوانين ، رسالة دكتوراه قدمت إلى كلية حقوق القاهرة سنة ١٩٧٩ ص ص ٣٦ : ٣٧ .

(٣٩٥) المحكمة العليا (دعوى رقم ٤ س / قضائية) ، ٣ من يوليه/تموز سنة ١٩٧١ ، مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا ، القسم الأول مجموعة الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية العليا ، الجزء الأول ، رقم ٢ ص ١٥ وما بعدها وكذلك حكم نفس المحكمة في الطعن رقم ٩ لسنة ٥ قضائية الصادر في نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٧٦ ، نفس المجموعة ونفس الجزء ، رقم ٤١ ص ٧٧٤ وما بعدها .

أ ــ اللائحة التنفيذية (Règlement d'exécution)[٣٩٦]: وهي كل لائحة تصدر من رئيس الجمهورية أو من يفوضه في ذلك لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها حتى لا يعتورها البطلان[٣٩٧]. ويكون البطلان[٣٩٨] من نصيب اللائحة أيضاً إذا ألغت أو نسخت نصاً أو أمراً في القانون[٣٩٩] .

---

(٣٩٦) وقد تسمى باللوائح التكميلية لأنها تكمل القانون : جلال إبراهيم رقم ٨٥٠ ص ١٤٢ .

(٣٩٧) منصور رقم ٥٤ ص ١٠٥ ويحيى ص ٨٤، وقد حكم في هذا الشأن بأنه «إن كان من المقرر أن من حق السلطة التنفيذية طبقاً للمبادئ الدستورية المتواضع عليها أن تتولى أعمالاً تشريعية عن طريق إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل أو إعفاء من تنفيذها ،= = فليس معنى هذا الحق نزول السلطة التشريعية عن سلطتها في سن القوانين إلى السلطة التنفيذية، بل هو دعوة لهذه السلطة لاستعمال حقها في وضع القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين دون أن تزيد عليها شيئاً أو تعدل فيها أو تعطل تنفيذها أو أن تعفي من هذا التنفيذ» : نقض مدني، ١٨ من مارس/آذار سنة ١٩٨٥، مجموعة المكتب الفني، س ٣٦، رقم ٨٩ ص ٤١٣ ، ونقض جنائي ١٩ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٨٩ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٤٠ ، رقم ١٤ ص ١٠٣ ، و ١٤ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٩ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٤٠ ، رقم ١٩٦ ص ١٢١٨ حيث قضت محكمة النقض في هاتين الدعويين بأنه عند التعارض بين نصين أحدهما وارد في القانون والأخر وارد في لائحته التنفيذية أو القرار الوزاري بها ، فإن نص القانون يكون أولي بالتطبيق ؛ اعتباراً بأنه الأسمى درجة والأصل للائحة التنفيذية أو القرار بها .

(٣٩٨) وحكمت بذلك أيضاً على سبيل المثال : محكمة النقض (الدائرة المدنية) في ٢٩ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٦٨، مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض ، س ١٩ ق، ص ١١٥ ، و ٢٢ من يونيه/حزيران سنة ١٩٧٥ ، نفس المجموعة ، س ٢٦ ق ، ص ٥٢٨ وحكمها في الطعن رقم ٦١٥٦ س ٥٨ ق جنائي في جلسة ١٩ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٨٩ (مشار إليه في مجلة القضاة، س ٢٢، ع١، سنة ١٩٨٩ ص١٦٦) .

(٣٩٩) منصور رقم ٥٤ ص ١٠٥ ، وعبد الباقي رقم ٩٨ ص ١٥٥ ، وأبو السعود ص ٣٤٧ ، والوكيل رقم ١٠٠ ص ١٦٦ ، وسلطان ص ٥٤ ، تناغو رقم ٩٩ ص ٣٣٤ ، وكيره رقم ١٣٠ ص ٢٤٠ وكامل رقم ٥٦ ص ١٠٢ (والأحكام المشار إليها في هامش رقم ١ ص ١٠١ لدى سيادته) . ونشير في هذا المقام إلى أمر يثير التساؤل والحيرة ، فقد صدرت اللائحة التنفيذية لقانون المرور (رقم ٦٦لسنة ١٩٧٣ ، الجريدة الرسمية ، ٢٣ أغسطس/آب سنة ١٩٧٣ العدد ٣٢) بقرار وزير الداخلية رقم ٢٩١ لسنة ١٩٧٤ (الوقائع المصرية ، ٧ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٤ ، الوقائع المصرية ، ع ٢٨ تابع) مستلزمة الإلمام بالقراءة والكتابة بالنسبة إلى الرخص المهنية (بند رقم ٤ من الفقرة ج مادة ٢٦١ مستبدلة بقرار وزير الداخلية رقم ١٨٩ لسنة ١٩٨٣ ، الوقائع المصرية، العدد ٥١ في ٨ من فبراير/شباط سنة ١٩٨٣) مع إجازة صرف رخص مهنية مؤقتة دون توافر شروط القراءة والكتابة لمدة لا تزيد على سنتين ولا يجوز تجديدها إلا إذا اجتاز السائق بنجاح امتحان القراءة والكتابة . وقد كان هذا الوضع مستهجناً من حيث المبدأ حرصاً على أرواح المارة والسائقين أنفسهم نظراً لأن علامات المرور تتطلب الإحاطة بل والإلمام بالقراءة والكتابة [لافتات الحد الأقصى للسرعة وأماكن تهدئتها(مدارس مثلا) وعدم استعمال آلة التنبيه على سبيل المثال [إلا أن الحجة المعلنة كانت عدم محاربة الناس في أرزاقهم بعد أن تحول سائقي عربات النقل البطيء (الكارو) والدراجات إلى سائقين للعربات الأجرة والنقل السريع وقد زاد الطين بلة صدور قرار وزير الداخلية رقم ٢١١٥ لسنة ١٩٩٣ بتعديل المادة ٢٦١ من اللائحة التنفيذية لقانون المرور(الوقائع المصرية ، العدد ٨١ في ٨ من أبريل/نيسان سنة ١٩٩٣ ص ٦)

ويلاحظ أن الدستور يجيز للمشرع أن يعين مُصدر القرارات اللازمة لتنفيذه[٤٠٠] (مادة ١٤٤ من الدستور) .

وليس في إصدار اللوائح التنفيذية اعتداء على حق السلطة التشريعية لأن الحكمة تقتضي ترك التشريع للسلطة التنفيذية بوصفها وحدها الأقدر على التعرف على مشكلات التطبيق المتعلقة بأصول المسائل وتفصيلاتها[٤٠١]. مع ذلك يراعي دائماً أن يكون القرار الصادر باللائحة التنفيذية في حدود التفويض المنصوص

مستثنيا من شروط الإلمام بالقراءة والكتابة المتطلب لإصدار رخص قيادة درجة أولي للسائقين اللذين يعينون بإحدى هيئات أو شركات النقل العام ! وهنا نتساءل عن موقف القضاء من سائق مستفيد من هذا النص ارتكب جريمة قتل خطأ لعدم مقدرته على قراءة اللافتة الخاصة بالحد من السرعة أمام مدرسة مثلا ؟ لا نعتقد في واقع الأمر في غير عدم مشروعية هذا القرار العجيب ! ونشير في هذا الصدد إلى حكم محكمة مصر الابتدائية الأهلية في ٢ من يونيه/حزيران سنة ١٩٢٦ (المحاماة ، س ٧ ، ص ٣٥٩ رقم ٢٤٦) حيث أورد بعبارات صريحة في مجال مشابه "ليس من حفظ النظام منح الرخصة لسواق يكون نظره ضعيفاً ويكون جاهلاً أمر القيادة فإذا أعطت الحكومة لسواق رخصة وثبت أنه كان ضعيف النظر وجاهلاً كيفية القيادة وقت إعطاء الرخصة وتسبب عن ذلك إصابة شخص ما كانت الحكومة مسئولة بطريق التضامن مع سائق السيارة بتعويض الضرر الذي لحق بالمصاب .

(٤٠٠) حدد الدستور على سبيل الحصر الجهات التي تختص بإصدار اللوائح التنفيذية فقصرها على رئيس الجمهورية أو من يفوضه في ذلك أو من يعينه القانون لإصدارها بحيث يتمتع على من عداهم ممارسة هذا الاختصاص الدستوري وإلا وقع عمله اللائحي مخالفاً للمادة ١٤٤ من الدستور ، وقد طبقت المحكمة الدستورية العليا ذلك على قرار محافظ المنيا رقم ١٥٣ لسنة ١٩٨٢ الصادر بوصفه لائحة تنفيذية لتنفيذ القانون رقم لسنة ١٩٧٧ بشأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر المعدل بقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ بها وقضت بعدم دستوريته لأن المشرع حدد مصدر اللائحة التنفيذية بأنه وزير الإسكان والتعمير : طعن رقم ٥ س ٥ ق في ١٧ من مايو/أيار سنة ١٩٨٦ ، مجموعة أحكام المحكمة ، جـ٣ رقم ٤٩ ص ٣٢٧ وما بعدها، فإذا صدر قرار باللائحة التنفيذية دون تفويض من رئيس الجمهورية ــ حيث يعد وحده المختص بإصدارها ما دام القانون لم يعين الجهة المختصة بإصدارها ــ فيصبح معدوم الأث قانوناً ويحق للقضاء العادي ألا يعتد به في مقام تطبيق القانون الذي صدر تنفيذاً له: نقض مدني في ٢٣ من فبراير/شباط سنة ١٩٩٣ ، طعن رقم ٢٣١٤ س ٥٤ ق "هيئة عامة" ، مجلة القضاة ، ص ٢٦ ع ، أو ٢ يناير/كانون الثاني ــ ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٣ ، رقم ١٣٠ ص ٤٨٧، وبناء على ذلك انتهي الحكم إلى انعدام السند التشريعي لإصدار مجلس الوزراء للائحة هذا القانون حيث أن المختص هو وزير الإسكان والتعمير وحده .

(٤٠١) منصور رقم ٥٤ ص ١٠٥ ، ويحيى ص ٨٤ وجمعة ص ١٥٧ والأستاذ الدكتور ثروت أنيس الأسيوطي ، مبادئ القانون ، جـ١ القانون ، دار النهضة العربية سنة ١٩٧٤ ، رقم ٨٣ ص ١٣٧ وهذا ما أكدته محكمة النقض (مدني) في ١٩ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٨٩ ، الطعن رقم ٦١٥٦ س ٥٨ ق مشار إليه في مجلة القضاة س ٢٢ العدد الأول ، سنة ١٩٨٩ ص ١٦٦ .

عليه في القانون، فـإذا خرج القرار عن نطاق هذا التفويض أصبح معدوم الأثـر قانوناً ويكـون للقضـاء العادي ألا يعتد به في مقام تطبيق القانون الـذي صـدر تنفيذاً له(٤٠٢).

ب ــ لائـحة الضـبط أو البوليـس (٤٠٣) (Règlement de police) (٤٠٤):
ويقصد بها كل لائحة تصدر عن رئيس الجمهورية وفقاً للدسـتور (مـادة ١٤٥) للمحافظة على النظام العام بعناصره الثلاث وهي الأمن العـام والصـحة العامـة والسكينة العامة(٤٠٥) ، ويقرر لها عقوبة المخالفة ، وقد أورد المشرع قيـداً علـى سلطة رئيس الجمهورية في هذا الخصوص فحرمه من النص على الحد الأقصـى لعقوبة المخالفة وهو مائة جنيهاً واشترط ألا تزيد هذه العقوبة على خمسين جنيهاً ، فإن كانت العقوبة المقررة في هذه اللوائح العامة أو المحلية زائدة عن هذه الحـدود

---

(٤٠٢) نقض ، الدائرة المدنية والتجارية والأحوال الشخصية ، طعن رقم ٤٦٧٠ لسنة ٦٣ق ، جلسة ١٨ من أبريل/نيسان لسنة ٢٠٠١، مجلة هيئة قضايا الدولة ، العدد الثالث ، س٤٥ / يوليـه/تمـوز – سبتمبر/أيلول سنة ٢٠٠١ ص ص١٣٣: ١٣٦.

(٤٠٣) ولا ينال ذلك بطبيعة الحال مما نص عليه قانون الحكم المحلي الصادر بقرار بقـانون رقـم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ والمعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨١ المنشور بالجريدة الرسمية العدد ٢٦ الصـادر في ٢٥ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨١ من أن المحافظ يعتبر ممثلاً لرئيس الجمهورية بالمحافظـة ويتولى الإشراف على تنفيذ السياسة العامة للدولة وله السلطة الكاملة على كل مرافـق الخـدمات والإنتاج في نطاق المحافظة (مادة ١/٢٦ مـن قانـون نظام الحكم المحلـي الصـادر بقـرار بقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ والمعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨١ المنشور بالجريـدة الرسـمية العدد ٢٦ الصادر في ٢٥ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨١) وأنه يتولى بالنسبة إلى جميع المرافـق العامة التي تدخل في اختصاص وحدات الحكم المحلي وفقاً لأحكام هذا القانون جميـع السـلطات والاختصاصات التنفيذية المقررة للوزراء بمقتضى القوانين واللوائح ويكون للمحافظ فـي دائـرة اختصاصه رئيساً لجميع الأجهزة والمرافق المحلية (مادة ١/٢٧ من القانون نفسه).انظـر فـي التنويه بأنه لا يجوز لقانون أن يخلع على المحافظ ولاية إصدار لوائح الضبط : الأستاذ الـدكتور محمود عاطف البنا، الرقابة القضائية على دستورية اللوائح ، مجلة القانون والاقتصـاد للبحـوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة القاهرة مارس/آذار– يونيه/حزيران سـنة ١٩٧٨ ع ١ و ٢، ص ١٦٦.

(٤٠٤) كيره رقم ١٣٠ ص ٢٤١ وتسمى كذلك : لوائح الشرطة (القاضي ص ١٣٨) أو الأمن (منصور رقم ٥٤ ص ١٠٥) .

(٤٠٥) وقد عرفتها المحكمة الدستورية العليا بأنها قرارات لائحية يعهد القانون إلـى السـلطة التنفيذيـة إصدارها متضمنة بعض جوانب التجريم أو العقاب وذلك لاعتبارات تقدرها سلطة التشريع وفـي الحدود وبالشروط التي يعينها القانون : حكم صدر في ٩ من مايو/أيار سنة ١٩٨١ ، قضية رقـم ١٥ س١ ق ، مجموعة أحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا التي أصـدرتها حتـى ٣٠ مـن يونيه/حزيران سنة ١٩٨١ ، رقم ٦ ص ١٨٨ وما بعدها (سابق الإشارة إليه) وأحكام أخرى مشار إليها في هامش ص ١٨٨ بنفس المرجع .

وجب حتماً إنزالها إليها ، أما إذا لم تتضمن هذه اللائحة عقوبة ، فيجازي من يخالف أحكامها بدفع غرامة لا تزيد عن خمسة وعشرين جنيهاً (المادة ٣٨٠ من قانون العقوبات المعدلة بالقانون رقم ١٦٩ لسنة ١٩٨١). والغالب أن يقوم الوزير المختص بإعداد لائحة الضرورة ويرسلها إلى رئيس الجمهورية لإصدارها حيث أن حق إصدار هذه اللوائح مقصور على رئيس الجمهورية دون غيره[٤٠٦].

والأمثلة الدارجة على هذه اللوائح هي لوائح المرور ومراقبة الأغذية واللوائح المتعلقة بالمحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة (مادة ٣٩٥ من قانون العقوبات).

جـ- لائحة تنظيم المرافق العامة (Règlement d'organisation) [٤٠٧]: وهي كل لائحة تصدر عن رئيس الجمهورية وحده بشأن إنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة .

ومناط جعل حق إصدارها لرئيس الجمهورية هو كونه رأس السلطة التنفيذية[٤٠٨] والأقدر على اختيار الطريق الأمثل لتنظيم سير العمل في المرافق والمصالح العامة[٤٠٩] .

الفرع الثاني

نفاذ التشريع: مرحلتان

يمر التشريع بمرحلتين حتى يصبح نافذاً وهما مرحلة الإصدار ومرحلة النشر، ونعرض لهما هنا بالشرح والتفصيل :

المرحلة الأولى : الإصدار (promulgation) : وهو عمل تنفيذي ، وليس تشريعياً[٤١٠]، تقوم به السلطة التنفيذية ممثلة في شخص رئيس الجمهورية وحده بمجرد انتهاء عملية التشريع، والأصل العام ضرورة إصدار كل أنواع التشريعات

---

(٤٠٦) المهدي ص ١٤١ وحسن ص ١٣٧ ونجيدة ص ١٠٧.

(٤٠٧) وتسمى أيضاً لوائح ترتيب المصالح العامة أو اللوائح المستقلة أو القائمة بذاتها : جلال إبراهيم رقم ٨٦ ص ٤٨ هامش رقم (٢) .

(٤٠٨) وهناك من يرى أن من حقه التفويض في ذلك وأن للقانون أن يحدد من يصدرها (انظر مثلاً عمران ص ص٩٩ : ١٠٠) . انظر في تفصيل الخلاف الفقهي في هذا الصدد : البنا ، المقال السابق ، ص ص ١٦٠ : ١٦١.

(٤٠٩) يحيى ص ٨٥ ومنصور رقم ٥٤ ص ١٠٥ .

(٤١٠) همام ص ٦٦.

سواء أكانت دستوراً أم تشريعاً عادياً أم تشريعاً فرعياً[٤١١]، لأن عملية الإصدار هي التي تسجل وجود التشريع وصحة إجراءاته وتتضمن تكليفاً لرجال السلطة التنفيذية بتنفيذه كل فيما يخصه[٤١٢] فهي إذن بمثابة شهادة الميلاد للتشريع[٤١٣] فضلاً عن تأكيدها لمبدأ الفصل بين السلطات[٤١٤].

ويميز الفقه بين ثلاثة أنواع للإصدار وهي: [٤١٥]

الإصدار الفعلي ويكون بموافقة رئيس الجمهورية وهو الوضع الطبيعي .

الإصدار المفترض ويكون بعدم رد رئيس الجمهورية على مشروع القانون المرسل إليه من مجلس الشعب خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغ المجلس له به .ويعد عدم الرد قبولاً منه بإصداره [٤١٦].

الإصدار المفروض ويكون بمجرد موافقة مجلس الشعب على مشروع القانون بعد أن أعاده إليه رئيس الجمهورية ، والموافقة المطلوبة تكون هنا ــ كما سبق القول ــ بأغلبية ثلثي الأعضاء جميعاً .

ويلاحظ أنه رغم خلو الدستور المصري من أي قيد زمني على حق رئيس الجمهورية في إصدار القوانين فإن الفقه متفق[٤١٧] على أنه لا يملك التأخير بغير حدود وإلا عُدَّ مخالفاً لواجب دستوري أقسم على احترامه عند توليه السلطة

---

(٤١١) عبد الباقي رقم ١٠٠ ص ١٥٧ ، وخضر رقم ١٣٦ ص ١٥٧ ، وكيره رقم ١٣٣ ص ٢٤٤ ، وفرج رقم ١٤٣ ص ٢٢٢ ، وزكي رقم ٤٥ ص ٨٧، وكامل رقم ٥٦ ص ١٠٨ وحسن ص ١٣٨ .

(٤١٢) يحيى ص ٨٦ .

(٤١٣) السنهوري وأبو ستيت رقم ١٤١ ص ١٧٤، وسلامة رقم ٦٢ ص ١٢٧ ، وتناغو رقم ٨٣ ص ٢٦٧ ، ومنصور رقم ٥٧ ص ١٠٧ ، وأبو السعود ص ٢٥٦ ، وكامل رقم ٥٦ ص ١٠٥ ، وبدير ص ١٠٤ وعرفة ص ٩١ .

(٤١٤) مرسي ومصطفى رقم ٢٣٩ ص ٢٣٧ .

(٤١٥) جمعة ص ٦٤ .

(٤١٦) فيعتبر هذا المشروع قانوناً بعد انقضاء هذه المدة ، ويعد بذلك نافذاً اعتباراً من اليوم التالي لانقضاء أسبوعين من نهاية اليوم الثلاثين من تاريخ إبلاغ رئيس الجمهورية به ما لم يحدد القانون نفسه موعداً أخر لبدء نفاذه : فتوى الجمعية العمومية بقسمي الفتوى والتشريع ، ٥ من يونيه/حزيران سنة ١٩٧٤ ، ملف رقم ٣٤/٥/٨٦ (الموسوعة الإدارية الحديثة / الدار الحديثة للموسوعات ، ج١٩ رقم ١٨٣ ص ٣٢٥).

(٤١٧) البدراوي رقم ١١٧ ص ١٨٣، وتناغو رقم ٩٦ ص ص٣١٣ : ٣١٤ ، وأبو السعود ص ٣٥٧ وعبد الباقي رقم ١٠٠ ص ٥٧ .

وانعقدت مسئوليته الدستورية قبل الشعب ونوابه[٤١٨] .

وجدير بالذكر أن انفصال عملية سن التشريع عن إصداره لا تبدو واضحة للعيان إلا بالنسبة للدستور والتشريع العادي دون التشريع الفرعي حيث تختلط العمليتان بشأنه.[٤١٩] وهذا هو ما دفع البعض إلى القول بأن التفرقة بين سن التشريع الفرعي وإصداره غير ذات معني[٤٢٠] بل إن البعض ذهب إلى القول بأن التشريع الفرعي لا يحتاج إلى إصدار[٤٢١] لأنه يوضع ويصدر بذات الوسيلة وفي ذات الوقت ومن ذات السلطة وإنه مما لا يعقل أن تصدر السلطة التنفيذية أمراً إلى نفسها بوضع التشريع الذي سنته هي موضع التنفيذ [٤٢٢].

المرحلة الثانية : النشر ((Publication) [٤٢٣]: يتعين نشر التشريع بعد إصداره فما هو المقصود بالنشر ؟ وهل تتعارض قاعدة عدم جواز الاعتذار يجعل القانون مع القول بتحقق النشر؟ هذا ما نعرض له الآن :

١- مفهوم النشر : [٤٢٤] يقصد بالنشر الإعلان عن عملية الإصدار ، فهو إجراء لاحق على إصدار كل التشريعات[٤٢٥] ويستهدف إعلام الكافة به[٤٢٦] حكاماً

---

(٤١٨) وصيغة الإصدار في مصر هي : يبصم هذا القانون بخاتم الدولة ويعمل به باعتباره قانوناً من قوانينها وعلى الوزراء المختصين تنفيذه كل في حدود اختصاصه وينشر في الجريدة الرسمية .

(٤١٩) مرسي ومصطفى رقم ٢٤٤ ص ٢٤٣، ومنصور رقم ٥٦ ص ١٠٦ ، وعبد الباقي رقم ١٠١ ص ١٥٩، ويحيى ص ٨٧، وكامل رقم ٥٦ ص ١٠٧ ونجيدة ص ١٠٨ .

(٤٢٠) همام ص ص٦٦ : ٨٧ .

(٤٢١) الشرقاوي رقم ٤٦ ص ١٢٣ هامش رقم (١) ، وتناغو رقم ٩٩ ص ٢٣٧ .

(٤٢٢) أبو السعود ص ٣٥٨ .

(٤٢٣) أو الشهر: مرقس رقم ٨٦ ص ٩٠، وسلامة ، رقم ٦٢ ص ١٢٨ والإهواني رقم ١٢٧ ص ١١٣.

(٤٢٤) انظر: من دراسات المسح الشامل للمركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية (وثائق مؤتمر العدالة الأول، نادي القضاء بالقاهرة ٢٠ ــ ٢٤ أبريل/نيسان سنة ١٩٨٦).

(٤٢٥) فرج رقم ١٤٣ ص ٢٢٣، وسلامة ، رقم ٦٢ ص ١٢٩، ومنصور رقم ٥٧ ص ص ١٠٧ : ١٠٨ ، والبدراوي ، رقم ١١٨ ص ١٨٥ ، وحجازي رقم ٢٩٧ ص ٣٩٠، وبدير ص ١٤٩ وعمران ص ٩٧ انظر تطبيقاً قضائياً خاص بقرار إداري تنظيمي صادر من رئيس مجلس الوزراء برقم ٣٦٥ لسنة ١٩٨٣ بناء على التفويض التشريعي بشأن المنطقة الحرة لمدينة بور سعيد : نقض مدني ، ٢٨ من سبتمبر/أيلول سنة ١٩٩٢ ، طعن رقم ٩٢٠ س ٥٦ق ، مجلة القضاة ، س ٢٥ ، ع٢ ، يوليه/تموز – ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٢ ، ص ٥٧٣ . وفي نفس المعنى أكد القضاء الإداري على أن النشر إجراء ضروري لكل التشريعات لا فرق في ذلك بين نوع وأخر منها : المحكمة الإدارية العليا في ٣٠ من مارس/آذار سنة ١٩٧٦ ، طعن رقم ١٦٩ لسنة ١٨ق ، الموسوعة الإدارية الحديثة / الدار العربية للموسوعات رقم ١٨١ ص ٣٢٢ .

ومحكومين[٤٢٧] .ولا يقصد بذلك العلم الفعلي وإنما العلم المفترض : فالعلم الفعلي متعذر عملاً لاتساع رقعة البلاد وتعقد الحياة وسرعة إيقاعها[٤٢٨] ، أما العلم المفترض فهو حيلة قانونية القصد منها تحقيق النظام والاستقرار داخل المجتمع . ومفاد ذلك أن النشر هو مناط إلزام التشريع[٤٢٩]، لذلك رفضت الدائرة الجنائية في محكمة النقض[٤٣٠] التحدي بحكم من أحكام قانون الإجراءات الجنائية لم ينشر بالجريدة الرسمية بمقولة أنه "مادام هذا النشر لم يحصل فلا يمكن القول بأنه صدر وبالتالي لا يمكن إعماله"[٤٣١] .

ولكن ما هو المقصود بالجريدة الرسمية ؟[٤٣٢]

---

(٤٢٦) يرى البعض أن اللوائح يلزم إصدارها ولا يلزم نشرها (تناغو رقم ٩٦ ص ٣٣٦ : ٣٣٧) وحكمت محكمة النقض أن اللوائح المتممة للقوانين التي تصدرها جهة الإدارة بتفويض من المشرع تعد من قبيل القرارات الإدارية والتي يفترض العلم بها من تاريخ صدورها ولو لم تنشر بالجريدة الرسمية — وتسري في مواجهتها من هذا التاريخ ، أما القرارات الإدارية التنظيمية فلا تسري في مواجهة الأفراد إلا من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية وذلك حتى لا يلزموا بأمور لم يكن لهم سبيل العلم بها : نقض مدني ٢٧ من يونيه/حزيران سنة ١٩٧٧ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٧ ص ١٥١٩ و ٢٨ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٧٥ ، مجموعة المكتب الفني، س ٢٦ ص ١٣٣٩ و٢٧ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨٣، مجموعة المكتب الفني، س ٣٤، رقم ٢٨٨ ص ١٤٦٨.

(٤٢٧) فلا تلتزم جهة الإدارة بالقانون قبل نشره : المحكمة الإدارية العليا ، ٣٣ من أبريل/نيسان سنة ١٩٧٦ ، طعن رقم ٥٩ لسنة ١٨ق ، الموسوعة الإدارية الحديثة / الدار العربية للموسوعات ج١٩، رقم ١٨٠ ص ٣٢١ .

(٤٢٨) منصور رقم ٥٧ ص ١٠٧ ، وجمعة ص ٢٢٨ ، ومرسي ومصطفى رقم ٢٤٨ ص ٢٤٧ ويحيى ص ٨٧ .

(٤٢٩) سلامة رقم ١٠٢ ص ٢٢٨ مع ذلك فإن العلم المسقط لدعوى ضمان العيب الخفي هو العلم الحقيقي وليس المفترض ومن ثم فإن نشر مرسوم اعتماد وقوع العقار المبيع داخل خط التنظيم بالجريدة الرسمية لا يدل بذاته على علم المشتري بهذا العيب : نقض مدني في ١٩ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٥٥ ، المحاماة ، س ٣٦ رقم ٤٤٨ ص ٩١٦ ونقض مدني في ١٢ من يونيه/حزيران سنة ١٩٦٢ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٣ ص ٨٠٨ .

(٤٣٠) ٢٠ من مارس/آذار سنة ١٩٥١ ، مجلة التشريع والقضاء جنائي – ٥- رقم ١٠٩ ص ص١١٣ : ١١٤.

(٤٣١) ولا يتعارض هذا الحكم مع حكم شهير لمحكمة القضاء الإداري صدر في ٤ من مايو/أيار سنة ١٩٥٠ (المحاماة ، س ٣١ ، رقم ٧٢ ص ٢٣٥) طبقت فيه المحكمة مشروع لائحة لم تصدر بعد ، فقد اعتبرت المحكمة أن التزام الجامعة هذا المشروع وتطبيقها له باطراد جعلها قاعدة تنظيمية عامة تعتبر مخالفتها قانونية ونوهت بأن "المخالفة القانونية ليست مقصورة على مخالفة نص في قانون أو لائحة بل هي تشمل مخالفة كل قاعدة جرت عليها الإدارة والتزمتها واتخذتها منهاجاً لها " .

(٤٣٢) دراسة منشورة ضمن دراسات المسح الشامل للمركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية (ص ص ٦٣٧ : ٦٥٤) منشورات ضمن وثائق مؤتمرات العدالة الأول الذي أقامه نادي القضاة (٢٠ —

أنشئت أول جريدة رسمية لمصر في سنة ١٨٢٨ وصر العدد الأول منها فـي يوم الثلاثاء الموافق ٢٥من جمادى الأول سنة ١٢٤٤ وصـدرت افتتاحيـة العـدد بالعبارات الآتية : " .... أما بعد فإن تحرر الأمور الواقعة مـن اجتمـاع جـيش المندمجين في صحيفة هذا العالم ومن ائتلافهم وحركاتهم وشـئونهم ومعـاملاتهم ومعاشراتهم التي حصلت من احتجاج بعضهم بعضاً هي نتيجة الانتبـاه والتبصـر وبالتدبير والإيقاف وإظهار الغيرة والحراثة العمومية ... ومن حيـث أن الأمـور الدقيقة الحاصلة من مصالح الزراعة والحراثة وباقي أنواع الصنايع التي باستعمالها بتأتي الرخاء والتيسير . ولذلك فقد صدر أمر ولي النعم الشريف بطبـع الأوامـر المذكورة وانتشارها عموماً بالله ، وقد سميت واشتهرت بالوقائع المصـرية وبـالله حسن النية" ، ومنذ هذا التاريخ تصدر الوقائع المصرية محررة بـاللغتين العربيـة والتركية وينشر فيها بعض أخبار البلاد إلى جانب تعليمات الحكومة وأوامرها التي تصدرها للأهالي.

وفي ١٣ من مارس/آذار سنة ١٩٨٢ صدر قرار جمهوري ـــ المعدل بالقرار سنة ١٩٥٩ الصادر في ٨ من فبراير/شباط سنة ١٩٥٩ ـــ بتنظيم إصدار الجريدة الرسمية في الجمهورية العربية المتحدة لتنشر فيها القوانين والقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية ونوابه والوزراء ، على أن تفرد ملاحق خاصة بكل إقليم تلحـق بالأعداد الأصلية تنشر فيها القرارات الصادرة من السلطة الإقليميـة والإعلانـات الحكومية والقضائية الخاصة بالإقليم وغير ذلك مما تقضي القـوانين والقـرارات بضرورة نشره.

وفي سنة ١٩٦٧ أصدر رئـيس الجمهوريـة القـرار رقـم ٩٠١ فـي أول مارس/آذار سنة ١٩٦٧ ونص فيه صراحة على تخصص الجريدة الرسمية لنشـر القوانين والقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية ومن نواب رئيس الجمهوريـة مما يختصون به أو يفوضون فيه من الرئيس ، وأن يكون لها ملحقاً مستقلاً يسمي الوقائع المصرية تنشر فيه جميع القرارات فيما عدا ما سلف ، فضلاً عمـا تـنص القوانين والقرارات على ضرورة نشره. وجدير بالذكر أن الجريدة الرسمية تصدر أسبوعياً ويجوز في الحالات العاجلة إصدار أعداد غير عاديـة منهـا فـي غيـر

---

٢٤ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٦ ص ص٦٥٢ : ٦٥٤) .

المواعيد المقررة ، أما الوقائع المصرية فتصدر يومياً . وتنشر أحكـام المحكمـة الدستورية العليا ومحكمة القيم في الجريدة الرسمية. [٤٣٣]

وقد حددت المادة ١٨٨ من الدستور مهلة يتعـين نشـر التشـريع خلالهـا . فأوجبت نشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها . وإن كانت لم تورد جزاء على مخالفة هذه القاعدة[٤٣٤] كما نصت على أن يعمل بهـذه القوانين بعد شهر بالتقويم الميلادي (المادة الثالثة من القانون المدني) مـن اليـوم التالي لتاريخ نشرها إلا إذا حددت لذلك ميعاداً آخر[٤٣٥].

وهذا النص يستحق الملاحظات الآتية :

---

(٤٣٣) تصدر وزارة العدل النشرة التشريعية وتضم القوانين والقرارات الجمهورية وقـرارات رئـيس مجلس الوزراء والوزراء ذات الصفة التنظيمية ، وتصدر مدة كل شهر وتمتـاز علـى الجريـدة الرسمية بأنها تحوي المذكرات الإيضاحية للقوانين وكذلك تقارير اللجان النوعية بمجلس الشـعب التي تكون قد قامت ببحث القانون قبل إصداره وقد بدأ صدور هذه المجموعة فـي سـنة ١٨٨١م باسم فهرس الأوامر العالية ، وفي سنة ١٨٨٦م أصـبح اسـمها الـديكريتات والأوامـر العاليـة والقرارات وفي سنة ١٩١٦م عدل الاسم ليصبح "مجموعة القوانين والمراسيم" ، ثم أصبح اسـمها "مجموعة القوانين والمراسيم والأوامر الملكية" منذ سنة ١٩٢٤م وحتى سنة ١٩٥٢م ، وفي سـنة ١٩٥٢م صدرت أول مجموعة بعد الثورة باسم "مجموعة الستة أشهر الأولى لعهد التحرير" ولـو يصدر منها سوى هذه المجموعة وتلاها صدور النشرة التشريعية اعتبارا من الأول من ينـاير= =/كانون الثاني سنة ١٩٥٣ (قرار وزير العدل ، الوقائع المصرية ، ٢٥ من يونيه/حزيران سـنة ١٩٥٣ العدد ٥٢) : انظر في شأن دراسة منشورة ضمن دراسات المسح الشامل للمركز القـومي للبحوث الاجتماعية والجنائية ، سابق الإشارة إليها ص ٦٥٤ ، وجدير بالذكر أن هذه النشرة غيـر منتظمة في الصدور والأولي تكريس الجهد والمال في طباعة الجريدة الرسمية وملحقهـا الوقـائع المصرية دون سواهما حيث لا نجد في إصدارها غير المنتظم ، مـع وجـود الجريـدة الرسـمية وملحقها ، فائدة تذكر .

(٤٣٤) ولا يصح النعي على الجهة التنفيذية بتأخيرها في نشره ولا تستطيع المحكمة أن تعين من نفسـها هذا الميعاد أو ترتب هذا الأثر ويكون الوجه في ذلك أن الدستور ترك للسلطة التنفيذية أمر نشـر القانون تجريه تحت إشراف البرلمان وفي ضمان من رقابته وحسابه : محكمـة الـنقض الإداري برياسة عبد الرزاق أحمد السنهوري باشا في ١٢ من أبريل/نيسان سنة ١٩٤٩ (القضية رقم ٢٢٢ سنة ٢ القضائية) ، مجموعات عاصم للأحكام والمبادئ القانونية : مجموعة أحكام مجلس الدولـة والمبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، الأستاذ محمود عاصـم ، المجموعتـان الثالثـة والرابعة ، ٤٩ – ١٩٥٠سنة ، لجنة نشر الثقافة القانونية / القاهرة ، رقم ٧ ص ١٧٦.

(٤٣٥) انظر في شأن اشتراطات النشر في الجريدة الرسمية : الوقائع المصرية ، العدد الأول فـي أول يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٢ ص ص٣ : ٤ . ويلاحظ أن العبرة في ذلك هي بالشهر ذاته وليس عدد أيامه (٢٨ أو ٢٩ أو ٣٠ أو ٣١) ولو صادف اليوم الأخير عطلة : جلال إبـراهيم رقـم ٦٨ ص ١٠٦ .

الأولي : أن يوم النشر لا يحسب[٤٣٦]، "لأن هذا اليوم هو فاصل زمني يمتد أربعاً وعشرين ساعة ، وقد يتم النشر في أي وقت فيه ، وقد يتراخى هذا النشر لآخره، فكيف يفترض علم الناس بالقانون الجديد من أوله "[٤٣٧]. بينما يدخل في الحسبان اليوم الأخير[٤٣٨].

الثانية : أن مدة "الشهر" الواردة في النص ليست حد أدني أو أقصى ليعمل بالقانون : فالرجعية جائزة في غير القوانين العقابية ، كما أن للمجلس أن يحدد زمناً أقصر أو أطول للعمل بالقانون[٤٣٩] . وحتى يتضح المعنى نضرب الأمثلة الآتية :

القانون المدني : نصت المادة الثانية من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بإصدار القانون المدني على أن يعمل بهذا القانون ابتداء من ١٥ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٤٩ ، في حين أنه صدر في ١٦ من يوليه/تموز سنة ١٩٤٨ ونشر في ٢٩ من يوليه/تموز سنة ١٩٤٨ ، ومفاد ذلك أن مدة تزيد على السنة مرت بين نشره ونفاذه .

---

(٤٣٦) تناغو رقم ٩٧ ص ٣١٧ والإهواني رقم ١٣٨ ص ١١٤ .

(٤٣٧) المحكمة الإدارية العليا ، ٢١ من أبريل/نيسان سنة ١٩٥٩ مجموعة أحمد سمير أبو شادي : مجموعة القواعد القانونية للمحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات ، رقم ٥٩٩ ص ص٦١٩ : ٦٢٠ .

(٤٣٨) المحكمة الإدارية العليا ، ٢١ من أبريل/نيسان سنة ١٩٥٩ ، مجموعة القواعد القانونية للمحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات ، رقم ٥٩٩ ص ص ٦١٩ : ٦٢٠ .

(٤٣٩) يرى البعض بحق أن العدالة تقضي بألا يسري التشريع فور نشره بل بعده ، أو بعد ثلاثين يوماً من هذا التاريخ :عمران ص ٩٨ هامش رقم (٢) ويستلزم الدستور ألا تتطبق النصوص العقابية بأثر رجعي(مادة ٦٦ من دستور سنة ١٩٧١) ، وتطبيقا لذلك حكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة الثانية من القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٣ فيما تضمنه من سريان العقوبات الانضباطية المقررة بمادته الأولى بأثر رجعي يرتد إلى أول يناير/كانون الثاني سنة ١٩٦٣ ، وقد أكدت المحكمة أنه مما ينافي مفهوم الدولة القانونية أن تقرر الدولة سريان عقوبة تأديبية (حرمان الضابط من أقدميته في الرتبة ، والتنزيل من رتبته إلى رتبة أدني والتنزيل إلى درجة ضابط صف أو عسكري) بأثر رجعي ، وذلك بتطبيقها على أفعال لم تكن حين إتيانها تشكل ذنبا إداريا مؤاخذا عليه بها مثلما هو الحال في الدعوى الراهنة : جلسة ٤ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٢ ، الجريدة الرسمية ، ع ٤ في ٢٣ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٢ ، ص ص٢٦١ : ٢٦٩ . وقد أجاز المشرع للسلطة التشريعية ، في غير المواد الجنائية — النص في القانون على رجعية الآثار التي يرتبها بموافقة أعضاء السلطة التشريعية في مجموعهم وليس الأغلبية المطلقة للحاضرين لذلك فقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة الثالثة من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٧٠ فيما نصت عليه من العمل به من تاريخ العمل بالقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٦٢ : جلسة ٤ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٢ ، الجريدة الرسمية، ع ٤ في ٢٣ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٣ ، ص ص٢٧١ : ٢٧٩ .

قانون التأمينات الاجتماعية الصادر سنة ١٩٦٤ في شأن تطبيق نظام التأمين ضد البطالة ، نصت مادته التاسعة على سريانه اعتباراً من أول الشهر التالي لانقضاء ستة أشهر على نشره في الجريدة الرسمية .

قانون الإثبات ، نصت المادة الثانية من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بشأن إثبات المواد المدنية والتجارية على أن ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به بعد ستة أشهر من تاريخ نشره .

قانون إعادة أعضاء هيئة التدريس المفصولين بغير الطريق التأديبي من الجامعات والمعاهد العليا إلى وظائفهم (قانون رقم ٥١ لسنة ١٩٧٤) ، نص في مادته الحادية والعشرين على أن يعمل به من تاريخ نشره (١٩ من يونيه/حزيران سنة ١٩٧٤) .

قانون سرية الحسابات بالبنوك (قرار بقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠) نص في مادته التاسعة على أن "ينشر هذا القرار بقانون في الجريدة الرسمية وتكون له قوة القانون ويعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره".

الثالثة : أن النشر في الجريدة الرسمية وملحقها الوقائع المصرية هو السبيل الوحيد لإعلام الناس بالقانون ، فلا تغني عنه أية وسيلة أخرى مثل اللصق على الجدران أو التوزيع على الأفراد أو الإذاعة اللاسلكية لمضمونه[٤٤٠] كذلك الحال إذا كان المطالب بتطبيق القانون عليه موظفاً برياسة الجمهورية مختصاً بعرض القوانين لإصدارها[٤٤١]، فكل ذلك لا يغني عن النشر في الجريدة الرسمية شيئاً.

الرابعة : أن النشر المقصود به العلم المفترض ، ومفاد ذلك أن إذا حالت

---

(٤٤٠) السنهوري وأبو ستيت رقم ١٤١ ص ٢٢٣ والشرقاوي رقم ٤٦ ص ص١٢٣ :٤١٢ ، والعطار رقم ٨٦ ص ١٨٨، وشنب رقم ٦٢ ص ١٨٨، ومزج رقم ١٤٣ ص ٢٢٣، والوكيل رقم ١٠٣ ص ١٧١ ، وتناغو رقم ٩٧ ص ٣١٨ ، وسلامة رقم ٦٢ ص ١٢٨ ورقم ٨١ ص ١٨٢ ، والبدراوي رقم ١١٨ ص ١٨٥ ، ومرقس رقم ٨٦ ص ص١٩٢ : ١٩٤ ، وعبد الباقي رقم ١٠١ ص ص١٥٨ : ١٥٩ والجمال والعدوي ص ٣٨ ومنصور رقم ٥٧ ص ١٠٨ ويحيى ص ٨٨ ، والاسيوطي رقم ٨٧ وكامل رقم ٥٦ ص ص١٠٦ : ١٠٧ ، وبدير ص ١٤٩ ، وفرج رقم ١٤٣ ص ٢٢٣ ، والمهدي ص ١٤٢ وحسن ص ٤٠ ويبرر البعض ذلك بأن تعقد القوانين وتضخمها يؤود الذهن البشري أن يحيط بها بمجرد إذاعتها لذلك لم يكن بد من التمسك بالطريقة الحالية وهي النشر في الجريدة الرسمية : حجازي رقم ٢٩١ ص ٣٨٤ .

(٤٤١) جمعه ص ١٦٦.

ظروف قاهرة بشكل تام[٤٤٢] (مثل نشوب حرب ، أو وقوع فيضان أو زلزال ، أو تأخر توزيع الجريدة الرسمية[٤٤٣] عن تاريخ طبعها لعدة أيام) [٤٤٤] دون الشخص والعلم امتنع تنفيذ القانون عليه[٤٤٥] ما بقي الظرف القاهر[٤٤٦] .

الخامسة:أن النشر بالجريدة الرسمية مقصود به وضع أعداد كافية منها تحت تصرف العامة[٤٤٧] ، فإذا كان ما وضع موضع التوزيع الفعلي[٤٤٨] منها غير كاف امتنع القول بوجود نشر بالمعنى الصحيح[٤٤٩] .

وعلى هذا الأساس ،يمكن أن نقول إن النشر إذا استوفى هذا كله عد نشراً

---

(٤٤٢) " هذا الاستثناء (ظروف مادية قاهرة) يقوم بالنسبة للتشريع فقط بقواعده الآمرة والمكملة ، أما بالنسبة لبقية المصادر فإنه لا يقوم ، ذلك أن العلم بها هو الذي يفترض في حد ذاته ولا يمكن إثبات عكس هذا المفترض . أما بالنسبة للتشريع فما يفترض هو إمكان العلم ، والإمكان لا يتأتي إلا إذا اتخذ إجراء من شأنه أن يعلم الناس ، فإذا انتفي هذا الإجراء فإن المفترض لا يقوم" : سلامة رقم ٨٢ ص ١٨٣ .

(٤٤٣) نقض مدني في ٨ من أبريل/نيسان سنة ١٩٦٥ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٦ رقم ٧٧ ص ٤٧٦ .

(٤٤٤) ويرى البعض في انسحاب هذه النتيجة على الأجنبي القادم لتوه إلى البلاد وارتكب عملاً غير قانوني إذا كان مشروعاً في بلده :رأي مشار إليه لدى القاضي ص ٤٤ . قارن حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٨٣٦ س٥ ق جلسة ٢٨ من مايو/أيار سنة ١٩٥٣ ، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري ، س٧ ، المجلد الثالث رقم ٦٩٨ ص ١٣٤١ حيث أكد على عدم جواز التحدي بجهل القانون للإقامة بأمريكا في جهة نائية ما دام التشريع قد نشر وأصبح نافذاً.

(٤٤٥) ولا يكفي أيضاً نشر القانون ضمن أعمال المجلس التشريعي : محكمة جنايات الإسكندرية ، دعوى رقم ٣٠١ سنة ١٩٧٣ جنايات الرمل مقيدة برقم ٧٧١ كلي الإسكندرية جلسة ٢ من مايو/أيار سنة ١٩٧٨ مشار إليه لدى كامل رقم ٥٦ ص ١٠٦ هامش رقم ٤ .

(٤٤٦) نقض مدني في ٢٤ من يونيه/حزيران سنة ١٩٥٨ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٩ رقم ٨١ ص ٦٣٩ . ولا يعد كذلك الإقامة خارج البلاد طوال المدة التي حددها القانون لتقديم طلب الحصول على المعاش] محكمة القضاء الإداري ، القضية رقم ٨٣٦ س ٥ ق ، ٢٨ من مايو/أيار سنة ١٩٥٣ ، مجموعة أحكام المحكمة ، رقم ٦٩٨ ص ١٣٤١ [أو عدم قيام الجهة الإدارية ، جرياً على سنة اتبعتها ، بسؤال موظفيها عن رغبتهم في الانتفاع بأحكامه (نفس الحكم).

(٤٤٧) حكم بأن تأخر وزارة العدل في إبلاغ المحاكم بالقانون الجديد لا يعادل عدم توزيعها ومن ثم لا أثر له على بدء سريان القانون : نقض مدني ٢٨ من يونيه/حزيران سنة ١٩٧٨ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٩ رقم ٣٠٩ ص ١٥٩٩ ومنصور رقم ١٧٩ ص ٣١٣ والبدراوي رقم ١١٨ ص ١٨٦ والشرقاوي رقم ٦٨ ص ٢٢٥ وعرفه ص ٩٣ والوكيل ص ٢١٣ وخضر رقم ١٣٨ ص ١٥٨ وجمعة ص ٢٢٩ .

(٤٤٨) تناغو رقم ٩٧ ص ٣١٥ وكيره رقم ١٣٣ ص ٢٤٥ .

(٤٤٩) تباع الجريدة الرسمية في صالات المطبوعات الحكومية وأهمها تقع في ميدان الأوبرا (القديمة) وفي لاظوغلي بالقاهرة وفي مبني المطابع الأميرية بإمبابة .

بالمعنى القانوني الدقيق للكلمة .

٢- قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون[٤٥٠] . نبحث هذه القاعدة بتحديد مفهومها ثم نفرق بينها وبين قاعدة جواز التمسك بالغلط في القانون ثم نوضح نطاق تطبيق قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون :

أ ـــ **مفهوم القاعدة**[٤٥١] : يقصد بهذه القاعدة حفظ هيبة الدولة وتماسك المجتمع واستمراره[٤٥٢] ، فلا يكون بوسع أي فرد أن يخرج على قوانين الدولة بحجة عدم علمه بها. فتستند الدولة إلى العلم المفترض ، كما سبق القول ، لتفادي الاستحالة العملية لإعلام الأفراد فرداً فرداً بكل قانون يصدر[٤٥٣] .

مع ذلك فإن تقدم وسائل الإعلام ـــ وهي ما تعرف الآن باسم الميديا Media ـــ أصبح كفيلاً بالتخفيف مما يأخذه البعض على هذه القاعدة من إهدار للمصالح الفردية . فكثيراً ما يتحقق الآن العلم الحقيقي بالقانون[٤٥٤] .

وعلى هذا الأساس يمتنع الاعتذار بجهل أحكام القانون ـــ في الحدود السالفة الذكر ـــ أيا كان مصدر القاعدة القانونية[٤٥٥] أي سواء أكانت تشريعية أم عرفية أم دينية [٤٥٦]. ما دامت من النظام العام [٤٥٧].

---

(٤٥٠) وتسمى باللاتينية: Nemo jus Ignorare censetur /Nemo censetur Legem Ignorare وبالفرنسية : Nul n'est censé ingorer la loi. ويسميها البعض باللغة العربية أن "الجهل بالقانون لا يقبل عذراً" (الأستاذ الدكتور عبد الرازق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني : نظرية الالتزام بوجه عام ، المجلد الأول : العقد ، دار النهضة العربية سنة ١٩٨١ رقم ١٧٤ ص ٤٠٤).

(٤٥١) انظر دراسة تفصيلية لذلك : تناغو رقم ١٧٩ ص ٥٩٣ وما بعدها .

(٤٥٢) عرفة ص ٩ وصفوت ص ١٢٩ وكامل رقم ٥٨ ص ١١٠ .

(٤٥٣) تقررت هذه القاعدة أيضاً في القانون الروماني والشريعة الإسلامية : ففي العبادات يفترض علم كل من يقدر على المعرفة بأصول الدين ، أما في المعاملات فالقاعدة كذلك مع شيء من التفصيل والخلاف ، على العكس فان المشرع الإسلامي يتطلب معرفة القاعدة الشرعية بالنسبة للأفعال العمدية : انظر في ذلك القاضي ص ١٤٢ .

(٤٥٤) منصور رقم ١٧٧ ص ٣٠٩ وسلامة رقم ٨١ ص ١٨٢ .

(٤٥٥) منصور رقم ١٧٨ ص ٣١٠ ، ويحيى ص ص٨٩ : ٩٠، وكيرة ص ص٣١٧ : ٣١٨، وخضر رقم ١٣٨ ص ١٥٨ ، والشرقاوي رقم ٦٨ ص ١٩٤، ومرقس رقم ٨٨ ص ١٩٦ ويحيى ص ص٨٩ : ٩٠ ويضيف البعض أيضاً القاعدة القضائية انطلاقاً من اعتباره القضاء مصدراً للقانون : تناغو رقم ١٩١ ص ٦٢٨ .

(٤٥٦) قضت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) بأن الجهل بالقانون أو الغلط في فهم نصوصه لا ينفي

ب ــ **التفرقة بين قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون وقاعــدة جــواز التمسك بالغلط في القانون** : تختلف القاعدة الأولى عن الثانية في أن الأولى يقصد بالتمسك بها استبعاد حكم القانون بحجة الجهل به ، في حــين أن الثانيــة يقصــد بالاحتجاج بها تطبيق حكم القانون[٤٥٨] مباشرة [٤٥٩] . وبيان ذلك أن مــن يــدعي

القصد الجنائي باعتبار أن العلم بالقانون العقابي وفهمه على الوجه الصحيح أمر مفترض في الناس كافة ، وإن كان هذا الافتراض يخالف الواقع في كثير من الأحيان ، إلا أنه افتراض تمليه الدواعي العملية لحماية مصلحة الجموع ، وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن العلم بالقــانون الجنــائي والقوانين العقابية المكملة له مفترض في حق الكافة ، ومن ثم فلا يقبل الدفع بالجهل أو الغلط فيــه كذريعة لنفي القصد الجنائي (١٨ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٨٩ ، مجموعة المكتــب الفنــي ، س٤٠ ، رقم ١٣ ص ٩٧) ، وقد حــكمت محكمة النــقــض أن شــرط قبــــول الاعتــــذار بالجــهــل بحكم من أحــكام قانون آخر غير قانون العقوبات هو إقامة مدعي هذا الجهل الــدليل على أنه تحري تحرياً كافياً وأن اعتقاده بمشروعية عمله كانت له أسباب مقبولة : نقض مــدني ، ٢٠ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٨٦ ، رقم ٣٨٤٢ س ٥٦ قضائية : مجلة القضــاة الفصــلية (نادي القضاة) ، س ٢١ ، ع ١ ، يناير/كانون الثاني ــ يونيه/حزيــران ســنة ١٩٨٨ ص ٥٢ . وانظر تطبيقاً قضائياً لهذه القاعدة في شأن القاعدة الشرعية التي تحظر الجمع بين زوجة وجدتها : نقض جنائي ، ٢٧ من مايو/أيار سنة ١٩٨١ ، مجموعــة المكتــب الفنــي ، س٣٢ ، رقــم ٩٩ ص٥٦٣، وتطبيقاً أخر بشأن الجمع بين الأختين في فترة عدة الأخت المطلقة (نقض جنــائي ، ٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٨٩ ، مجموعة المكتب الفني ، س٤٠ رقم ٢٩ ص١٦٠) وقد ســـــبق لمحكمة النقــــض (الدائرة الجنائية) أن قضت بأن عدم علم الزوجة عند إقدامها علــى الــزواج بتجريم الجمع بين المرأة وابنة أختها شأنها في ذلك شأن زوجها وشاهدي العقد ينفي القصد الجنائي في جريمة التزوير في وثيقة الزواج لعدم علمهم بقانون آخر غير قانون العقوبات وهو قــانون =
= الأحوال الشخصية وتكون التهمة بغير أساس مما يستوجب تبرئة المتهمين (١٠ من مايو/أيــار سنة ١٩٤٥ ، مجموعة عمر الجنائية ، المجلد السادس رقــم ١٨١ ص ٢٤٧) فالفعــل المرتكــب يصبح عند ذلك غير مؤثم (نقض جنائي ، ٢٥ من ديسمبر/كانون الأول ســنة ١٩٥٦ ، مجموعــة المكتب الفني ، س ١٧ ص ١٣٣١ و ١٥ من مارس/آذار سنة ١٩٦٠ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١١ ص ٢٧٠) وهذا يؤكد ما يقال من أن ارتفاع المسئولية الجنائية نتيجة لجهل بحكــم قــانون غير جنائي تكون العقوبة مؤسسة عليه لا يمثل استثناء حقيقياً على قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون بل هو امتناع للعقاب لانتفاء القصد الجنائي: انظر في بيان ذلك على سبيل المثــال: كيــره رقم ١٧٥ ص ٣٢١ وقم ١٨٩ ص ٦٢٦ هامش رقم ٢٢٩ والإهواني رقم ١٥٥ ص ١٢٧ .

(٤٥٧) السنهوري ، الوسيط : المجلد الأول (العقد) سابق الإشارة إليه ، رقم ١٧٤ ص ٤٠٥.

(٤٥٨) فرج رقم ١٨١ ص ٢٨٩، ومنصور رقم ١٧٨ ص ٣١٢، والبــدراوي رقــم ١٣٣ ص ٢٠١ ، وسلامة رقم ٨٣ ص ١٨٦، وخضر رقم ١٣٨ ص ١٥٨، ويحيى ص ١١ : ١٢ وكامل رقــم ٦١ ص ١١٢ وحسن ص ٢١٧ .

(٤٥٩) انظر مع ذلك ما يقول به أستاذنا العميد الشرقاوي من أن " ...الطعن فــي التصــرف القــانوني بالغلط في القانون لا يثير مسألة تطبيق أو عدم تطبيق القانون المغلوط فيه ، إنما هو أمــر متعلــق بثبوت "واقعة" عيب الإرادة ،بصرف النظر عن طبيعة الموضوع "الذي نشأ هذا العيب عن الغلــط فيه ، ولذا فلا صلة بين مبدأ الاعتذار بجهل القانون ، وبين إباحة الطعن في العقــود بــالغلط فــي القانون" : انظر في بيان ذلك المرجع السابق رقم ٧٠ ص ١٩٧ هامش رقم (١) وهــذا الــرأي لا تنقصه الوجاهة وان كان يخالف الرأي السائد.

جهله بوجود قوانين تمنع الاتجار في العملة الأجنبية يرمي بذلك إلى استبعاد هــذا القانون من التطبيق حتى ببريء ساحته ، أما من يدعي أن وهماً ثار في ذهنه جعله يتصور أمراً على غير حقيقته ويتمسك بإبرام العقد ــ كأن يبيع نصيبه في تركــة مورثه على أنه الربع ثم يتبين أنه ورث الثلث أو يتصور "ســاعة" مــن البرونــز "ساعة" مصنوعة من الذهب الخالص[٤٦٠]– فهو يقصد إعمال النص القانوني الــذي يخوله الحق في طلب إبطال العقد في هذه الحالة[٤٦١] .

وعلى هذا الأساس لا تكون قاعدة جواز التمسك بالغلط في القانون استثناء على قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون [٤٦٢] لأنها "تقوم على أساس إعمال قاعــدة قانونية خطأ في غير مجال تطبيقها" [٤٦٣] مما يتعين معه تصحيح الوضع بإعمــال هذه القاعدة إعمالاً صحيحاً . [٤٦٤] .

جـ ــ **نطاق قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهــل القــانون** :القواعــد الآمــرة والقواعد المكملة : يذهب الرأي الغالب في الفقه إلى جواز الاحتجاج بهذه القاعــدة أيا كانت طبيعة القاعدة القانونية التي يدعي الجهل بها أي أنه يستوي في ذلــك أن تكون قاعدة آمرة أو مكملة [٤٦٥].

---

(٤٦٠) ويعد هذا خطأ في القانون جزاؤه البطلان النسبي للعقد لمصلحة الطرف الواقع في هــذا الخطــأ الدافع إلى التعاقد ، ومثال أيضاً من يهب زوجته مالاً معتقداً في أنه ردها إليه في فترة العــدة ثــم يتبين أن مرور فترة العدة جعل الطلاق بائنا لم يفلح معه الرد ، فهذه الهبة قابلة للإبطال : يحيــى ص ٩١ .

(٤٦١) ويعد هذا خطأ في الواقع جزاؤه البطلان النسبي للعقد لمصلحة الطرف الواقع فــي هــذا الخطــأ الدافع إلى التعاقد ومثاله أيضاً أن يشتري شخص عمله معدنية باعتبارها من القرن الخامس عشــر ثم يتبين أنها حديثة السك .

(٤٦٢) مع ذلك فهناك من يقول بذلك (تناغو رقم ١٨٧ ص ٦٢٠ وما بعدها) ويعارضه الاتجاه الغالب : مرقس رقم ٨٨ ص ٢٠٢ وما بعدهما، وكيره رقم ١٧٥ ص ص٣٢٠ : ٣٢٣، ومنصــور رقــم ١٧٩ ص ٣١٣ ، وعبد الباقي رقم ١٠٢ ص ١٦١ وما بعدهما ، و ١٠٣ مكرر ص ٦٣ أو شنب رقم ٦٤ ص ص٨٣ : ٨٤ ، وفرج رقم ١٧٩ ص ٢٨٦ وما بعدهما، وأبــو الســعود ص ٦٩ و ٣٦٠ ، وبدير ص ١٥٢، وسلطان رقم ٩٤ ص ٩٢ ، والمهدي ص ١٤٥ ونجيدة ص ١١٣ .

(٤٦٣) نقض مدني ، ٧ من يونيه/حزيران سنة ١٩٧٨ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٩ ص ١٤٣٤.

(٤٦٤) مع ذلك فان الجهل بالقانون أصبح ظاهرة اجتماعية تنطبق على المتخصصين أيضاً : تناغو رقم ١٨٢ ص ٥٩٩ .

(٤٦٥) البدراوي رقم ١٣٠ ص ١٩٧ ، والشرقاوي رقم ٦٨ ص ١٩٥ ، وكيره رقم ٧٤ ص ٣١٨ وعبد الباقي رقم ١٠٣ مكرر ص ص١٦٢ : ١٦٣ ، ويحيــى ص ٩٠، وســلامة رقــم ٨٣ ص ١٨٧،

فما يفرق القاعدة الآمرة عن المكملة كما سبق القول [٤٦٦]، هـو أن الأخيـرة تتضمن شرطاً إضافياً لإعمالها وهو عدم الاتفاق على مخالفة حكمهـا [٤٦٧] سـواء كان ذلك عن علم أو جهل بوجودها[٤٦٨] ، فيكون الجهل بأحكامها غير مؤثر علـى إلزام القاعدة القانونية. [٤٦٩] فإذا انتهينا إلى ذلك كان الاستثناء الوحيد الذي يرد على قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بأحكام القانون هو الظروف القاهرة على التفصيل المتقدم[٤٧٠] .

الفرع الثالث

الرقابة القضائية على صحة التشريعات

والعطار رقم ٨٨ ص ١٨٩ هامش رقم ١ وجمعة ص ٢٢٩ .

(٤٦٦) انظر دراستنا السابقة لهذا الموضوع ص ٧٠ وما بعدها .

(٤٦٧) وهذا ما يوضح بأنه إذا قلنا بإمكان الاعتذار بالجهل بالقواعد المكملة لكان السكوت والجهل مؤدياً إلى فراغ ما وجدت القواعد المكملة إلا لسده لعدم وجود إرادة للمتعاقدين وامتناع تطبيق القواعـد المكملة: مرقس رقم ٨٨ ص ص١٩٧ : ١٩٨ وكيره رقم ١٧٤ ص ص٣١٨ : ٣١٩ .

(٤٦٨) يفرق البعض بين الجهل البسيط بالقواعد المكملة أي الجهل بوجود هذه القواعد أصلاً وهو مـا لا يـجوز التمسك به للإفلات من حكمها والجهل المركب أو المشترك أي المقترن بالاعتقاد بوجـود قاعدة أخرى عكس القاعدة المكملة وهو ما يعني اتفاقاً ضمنياً على استبعاد القاعدة المكملـة كـأن يدفع البائع ثمن المبيع اعتقاداً بوجود قاعدة تجعل نفقات التسجيل عليه رغم أن القاعدة الموجـودة تجعلها على المشتري (تناغو رقم ١٩٠ ص ص٦٢٧ : ٦٢٨) .

(٤٦٩) مع ذلك ورد في الأعمال التحضيرية للقانون المدني (المجلد الأول ص ١٥٩) أن نطاق تطبيـق قاعدة عدم الجهل بالقانون لا يتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام ، وعلى وجه الخصوص مـا تعلق منها بالمسائل الجنائية .مع ذلك فان هذا الرأي لا يغير من رأينا الوارد في المتن لأنه كما قيل بحق من أمثلة الأخطاء التي ترد في الأعمال التحضيرية : الشرقاوي رقم ٦٩ ص ١٩٥ هـامش رقم (١).

(٤٧٠) يضيف البعـض إلى هذا الاستثنـاء استثنـاءات أخرى هـي الغلـط الشـائع يـولـد الحـق (Error Comunis Fact Jus) سواء أكان غلطاً في الواقع كما حدث بالنسبة لباربايوس فيليـبس الذي أصبح بريتوراً ثم اكتشف أنه عبد لا يحق له تولى هذا المنصـب فظلـت قراراتـه السـابقة صحيحة ، أم غلطاً في القانـون تمثـل في غلـط مادي في نص القانون عند نشره وتم تصحيحه فلا ينطبق التصحيح إلا من وقت نشره ، وحسن النية في بعض الحالات مثل حالة الزواج الظنـي أي الزواج الباطل الذي يبرم بحسن نية فتصح آثاره السابقة على العلم بحقيقـة الحـال ، والعيـب الجوهري للإرادة وكذلك بعض القيود الواردة على العقار المبيع مثل قيود التنظيم بشأن المبـاني: انظر في تفصيل ذلك تناغو رقم ١٨٧ ص ٦٢٠ وما بعدهما .

نبحث هنا سلطة القضاء في مراقبة دستورية التشريعات المختلفة التي تصدرها الدولة باعتبار الدستور التشريع الأعلى والأسمى .وحتى يتضح الأمر نضرب مثلاً بتشريع صدر بالمخالفة لنص دستوري هل يكون للقضاء الامتناع عن تطبيقه أم يلتزم القاضي بتطبيقه مع علمه بمخالفته للدستور؟

تقتضي الإجابة عن هذا التساؤل بحث مسألتين وهما أحوال الرقابة أي أحوال المخالفة وطرق الرقابة بمعنى الأساليب المتاحة للقاضي لمواجهة التشريع غير الدستوري :

أولاً : أحوال الرقابة [٤٧١] : حالتان : نميز هنا بين حالتين وهما المخالفة الشكلية والمخالفة الموضوعية على النحو الآتي :

١- **المخالفة الشكلية** : نعني بالمخالفة الشكلية أن يعتور عملية التشريع عيب من العيوب الشكلية ومثالها :

أ ــ صدور التشريع من هيئة غير مختصة بإصدار ، كأن يصدر وزير قراراً بقانون عن جهل أو عن علم بأن سلطة إصدار القرارات بقوانين معقودة لرئيس الجمهورية دون سواه.

ب- صدور التشريع غير مستوف للإجراءات القانونية كأن يصدر مجلس الشعب قانوناً اعترض عليه رئيس الجمهورية ورده إلى المجلس بناء على موافقة أغلبية ثلثي الحاضرين وليس ثلثي الأعضاء جميعاً.

جـ- عدم نشر التشريع .

د ــ تطبيق التشريع قبل انقضاء المدة المقررة لدخوله حيز العمل .

في كل هذه الحالات وما شابهها ينعقد الرأي على أمرين هما: اعتبار هذه التشريعات «غير موجودة» من الوجهة القانونية وأن للمحاكم أن تمتنع عن تنفيذها[٤٧٢].

---

(٤٧١) انظر في أهمية هذه الرقابة : الدكتور على السيد الباز ، الرقابة على دستورية القوانين في مصر (دراسة مقارنة) دار الجامعات المصرية سنة ١٩٧٨ ص ٢٨ وما بعدها .

(٤٧٢) الأستاذ خليل جريج، الرقابة القضائية على أعمال التشريع ، معهد البحوث والدراسات العربية

٢- **المخالفة الموضوعية** : يتعلق ذلك بمخالفة المشرع لقواعد التدرج التشريعي ، فيصدر تشريعاً فرعياً مخالفاً لتشريع عادي أو دستوري أو يصدر تشريعاً عادياً مخالفاً لتشريع دستوري . فمن المعروف هنا أن التشريع الأدنى يتعين أن يحترم التشريع الأعلى [(٤٧٣)] ومع ذلك يلتزم مشرع اللائحة باحترام التشريع العادي الذي يصدره بدوره متفقاً مع الدستور[(٤٧٤)] . ومفاد ذلك أن المشرع الذي يخرق هذه القاعدة المتعارف عليها يعد مرتكباً لمخالفة موضوعية[(٤٧٥)].

والتساؤل المطروح هنا يتعلق بموقف القضاء من هذه المخالفة الموضوعية : فالمخالفة الشكلية تفرغ التشريع من مضمونه مما يستوجب إهداره والتعامل معه على أنه غير موجود ، أما المخالفة الموضوعية فهي التي تستدعي التفصيل والبيان فيما يلي :

قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية ، جامعة الدول العربية ، سنة ١٩٧١ .

(٤٧٣) ولا يعد الميثاق كذلك ، شأنه في ذلك شأن إعلانات الحقوق ، حيث يتضمن مبادئ فلسفية عليا لم ينقلها الشارع إلى نصوص الدستور ، فتظل مثل عليا ونظريات فلسفية حتى يتضمن الصالح العام للدولة تطبيقها وتنفيذها فينقلها الشارع من مجال المبادئ العامة إلى مجال التنفيذ وذلك بإفراغها في صورة نصوص محددة في صلب الدستور فتكون لها القوة الملزمة على أن تظل تلك المبادئ جميعها مصدراً تفسيريا لنصوص الدستور وغيره من التشريعات يلجأ إليها لتحديد مدلولها والحكمة التي ابتغاها الشارع بتقنينها : المحكمة العليا (الدعاوى الدستورية) ٥ من أبريل/نيسان سنة ١٩٧٥، ج١ رقم ٢٨ : الدعوى رقم ٢ لسنة ٣ قضائية عليا (دستورية) ، رقم ٢٨ ص ٢٩٢ .

(٤٧٤) منصور رقم ٦٠ ص ١١٢ ويحيى ص ٩٤ وجمعة ص ١٧٠ وأبو السعود ص ٣٩٦ وقد حكم بأن مشروعية القرار الإداري ليست مقصورة على اتفاق القرار مع القانون، ويعد القرار الذي يصدر استنادا إلى قانون "غير دستوري وغير مشروع" : المحكمة الإدارية العليا في ٤ من مارس/آذار سنة ١٩٨٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة، س ٢٩ رقم ١٢٦ ص ٧٩١ .

(٤٧٥) لا خلاف في الفقه أو القضاء حول حق المحاكم العادية في رقابة شرعية اللوائح والامتناع عن تطبيقه من نفسها إذا وجدت في موضعها مخالفة لنصوص القوانين أو الدستور. كما أن الرأي مستقر على حق القضاء الإداري في أن يحكم فضلاً عن ذلك بإلغاء اللائحة سواء أرفع إليه هذا الأمر بدعوى مباشرة بإلغاء أم ضمن الطعن في القرار الإداري الصادر بناء على اللائحة : انظر في ذلك الباز ص ٤٨٢ وهامش رقم (١) ص ٤٨٣، ومرقس رقم ٩١ ص ص٢١٤ : ٢١٦ ، ويحيى ص ص٩٣ : ٩٤ ، وخضر رقم ١٤٠ ص ص١٦٠ : ١٦١ ، وزكي رقم ٤٩ ص ٩٦ ، والعدوي ص ٣٩ ، وعبد الباقي رقم ١٥٩ ص ص٢٥٣ : ٢٥٤ ، وفرج رقم ١٣٤ ص ٢١٠ ، وجمعة ص ص١٦٩ : ١٧٠ ، والمهدي ص ١٤٧ وحسن ص ١٤٢ .

ثانياً : طرق الرقابة : تتعدد طرق الرقابة التي تأخذ بها التشريعات المختلفة وهو ما يجعل من المناسب أن نعرض في عجالة لطرق هذه الرقابة ، وقد وقع اختيارنا على تشريع الولايات المتحدة الأمريكية كنموذج للنظم الأنجلو أمريكية والتشريع الفرنسي كنموذج تقليدي للنظم اللاتينية . فإذا انتهينا من ذلك صار واجباً التعرض ببعض التفصيل لطرق الرقابة الموجودة في مصر (٤٧٦) . ونشير بداية إلى أن مصر تنتمي إلى النظم اللاتينية بحكم كون قوانينها منقولة حرفياً ــ إلى حد كبير ــ من تقنيات نابليون الفرنسية الشهيرة مع بعض التصرف في الصياغة والمضمون .

١ – الرقابة في النظم الأنجلو أمريكية : مثال الولايات المتحدة الأمريكية (٤٧٧):
لم يتضمن الدستور الأمريكي نصاً (٤٧٨) صريحاً يخول القضاء حق مراقبة صحة التشريعات من الوجهة الدستورية . والحجة التي قيلت في تبرير ذلك هي احترام مبدأ الفصل بين السلطات لأن وظيفة القاضي هي إبداء رأيه فيما يعرض عليه من نزاعات وليس في التشريعات التي يعهد إليه مجرد تطبيقها وإلا أصبح مجرد رجل من رجال الدولة وفقد استقلاله .

وينسب الفضل إلى John Marshall (٤٧٩) في تزكية الاتجاه المعاكس المنادي بحق القضاء في الرقابة على دستورية التشريعات : ففي سنة ١٧٨٥ أعلن في مواجهة مؤتمر الجمعية التأسيسية الذي انعقد في ولاية فرجينيا أن القضاة يتعين

---

(٤٧٦) ولا تثور مشكلة رقابة دستورية القوانين إلا حيث يكون الدستور جامداً أما حيث يكون الدستور مرناً تكون مخالفة القوانين أي التشريعات العادية له مشروعة لأنها تعتبر بذلك تعديلاً لأحكامه وقواعده : كيره رقم ١٣٨ ص ٢٤٩ هامش رقم (٣) .

(٤٧٧) مراجعنا الأساسية هي : للأستاذ الدكتور أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري ، مكتبة النهضة المصرية ، سنة ١٩٦٠ والباز ، المرجع السابق والأستاذ كريم يوسف أحمد كشاكش ، الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة ، رسالة دكتوراه قدمت إلى كلية حقوق القاهرة سنة ١٩٨٧ ص ٤٣٧ وما بعدها والدكتور عادل عمر شريف ، قضاء الدستورية : القضاء الدستوري في مصر ، دار الشعب بالقاهرة سنة ١٩٨٨ .

(٤٧٨) كشاكش ص ٤٣٧ ، وما بعدها شريف ص ٢٨، وما بعدها وجريج ص ص١٧٧ : ١٧٩ وص ٢٠٣ ، وتناغو رقم ١٠٣ ص ٣٤١ وما بعدها .

(٤٧٩) انظر نص هذا الدستور وتعديلاته الستة والعشرين باللغة العربية في مرجع أستاذتنا الدكتورة سعاد الشرقاوي ، النظم السياسية في العالم المعاصر ، دار النهضة العربية ١٩٧٤ : ١٩٧٥ ، ص ٢٤٣ وما بعدها.

عليهم أن ينظروا إلى أي تشريع يصدره الكونجرس مجاوزاً فيه نطاق السلطة التي خولها له الدستور على أساس أنه تشريع باطل لانطوائه على مخالفة لنصوص الدستور التي أوكل إليهم حراستها والدفاع عنها ضد أي اعتداء .

وفي سنة ١٨٠٣ أصدرت المحكمة العليا برياسته حكماً تاريخياً حاسماً في قضية ماربوري ضد ماديسون(٤٨٠) ، قضت فيه بعبارات صريحة استقتها من الفقه الأمريكي للرقابة على دستورية القوانين مفادها أن مهمة السلطة القضائية هي تقرير ما هو القانون فإذا تعارضت القوانين مع بعضها فعليها أن تحدد أيها الأولى بالتطبيق(٤٨١) . ونوهت المحكمة بأنها إذا وجدت نفسها في مواجهة قانون صدر بالمخالفة للدستور وكان القانون والدستور ينطبقان على دعوى بذاتها فإن لها أن تختار بين أمرين وهما: تطبيق القانون وإهمال الدستور أو الامتثال للدستور وتنحية القانون . وانتهت المحكمة إلى أن الخيرة بين الأمرين تدخل في صميم الوظيفة القضائية وأن المحكمة عندما تقرر أن الدستور هو القانون الأعلى وأنه يسمو على التشريع الصادر عن الكونجرس فإن الدستور وليس القانون هو الجدير بأن يحكم الدعوى .وبهذا الحكم ثبت حق المحاكم الاتحادية ومحاكم الولايات في الرقابة القضائية على دستورية التشريعات وبات واضحاً وجوب إهدار التشريع الأدنى

---

(٤٨٠) عين مارشال رئيساً للمحكمة العليا حتى يتصدي لمحاولات الحزب الجمهوري لإضعاف الاتجاهات الاتحادية لحساب النزعات الاستقلالية لدى الولايات نظراً لحماسه الشديد لمبادئ الحزب الاتحادي وتقوية سلطات الحكومة المركزية : أبو المجد ص ص٢١ : ٢٢ والباز ص ص١٥٨ : ١٥٩، وقد ترأس مارشال المحكمة لمدة ٣٥ سنة من سنة ١٨٠٠ إلى سنة ١٨٣٥، ود. مصطفى محمود عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية : دراسة تحليلية مقارنة لأنظمة الرقابة في الدساتير المعاصرة، ص ١٠٩.

(٤٨١) Marbury V. Madison . ووقائع الدعوى هي أن الرئيس الأمريكي توماس جيفرسون عين عدداً من القضاة في إقليم كولمبيا فقام أحدهم وهو ماربوري وثلاثة من رفاقه برفع دعوى ضد الرئيس الجمهوري الجديد جيمس ماديسون الذي رفض تسليمهم هذه القرارات بعد توليه السلطة ، وانتهز مارشال الفرصة ليدلي بدلوه في مسألة الرقابة على الدستورية فنوه بأحقية ماربوري ورفاقه في التعيين وحكم بأن المحكمة العليا لا تستطيع إصدار أوامر قضائية لماديسون أو غيره على أساس أن سند المطالبة هو نص الفقرة الثالثة عشرة من قانون النظام القضائي الصادر سنة ١٧٨٩م المتعارض مع نص المادة الثالثة من الدستور التي تحدد كلا من الاختصاص الابتدائي والاستئنافي للمحكمة على سبيل الحصر . ووصل إلى نتيجة حاسمة وهي أن هذه الفقرة غير دستورية لأنها تزيد من اختصاص المحكمة العليا بالمخالفة للدستور الذي لا يخولها الحق في إصدار الأوامر القضائية : انظر في تفصيل ذلك أبو المجد ص ٢٠ وما بعدها والباز ص ص١٦٠ : ١٦١ .

درجة في السلم التشريعي لصالح التشريع الأعلى[٤٨٢] .

ويعرف النظام الأمريكي ثلاث صور لإثارة مسألة دستورية التشريع من عدم دستوريته أمام القضاء وهي على التوالي : الدفع الفرعي، والأمر القضائي بالمنع، والحكم التقريري . ونشير في إيجاز إلى مضمون كل صورة [٤٨٣] :

الصورة الأولى : الدفع الفرعي : ويكون ذلك بدفع يبديه أحد الخصوم أثناء سير الدعوى أمام قاضي الموضوع وهنا يكون للقاضي إذا تأكد من عدم دستورية التشريع أن يتجاهله ويمتنع عن تطبيقه على الدعوى المعروضة عليه .

الصورة الثانية : الدفع القضائي بالمنع : فيكون للفرد أن يطلب من المحكمة المختصة عدم تنفيذ قانون مطلوب تطبيقه عليه على أساس أنه غير دستوري وأن تطبيقه عليه سيؤدي إلى إلحاق ضرر به قد يتعذر دفعه . ويتمثل الحكم في هذه الصورة في أحد أمرين وهما : رفض الدعوى أو قبولها ونهي الموظف المنوط به تطبيق هذا القانون "غير الدستوري" عن تطبيقه على المدعي فإذا نكل هذا الموظف عن ذلك كان مرتكباً لجريمة احتقار المحكمة .

الصورة الثالثة : الحكم التقريري : وهو حكم يطلبه المدعي من المحكمة المختصة بغية تقرير مركز قانوني له في مواجهة موظف مناط به تنفيذ قانون معين ينعي عليه المدعي بعدم الدستورية .وما يفرق هذه الصورة عن الصورة السابقة هو أن المحكمة تقتصر فيها على تقرير المركز القانوني للمدعي دون أن تقرن حكمها بأمر أو نهي إلى الموظف المختص ، كما أن قبول الدعوى غير مرهون بوجود ضرر فعلى أو ضرر وشيك . كما يلاحظ أن هذا الموظف المختص يلتزم بمجرد

---

(٤٨٢) شريف ص ٣٧ وما بعدها وجريج ص ١٥٩ وما بعدها (وانظر الأحكام التي يشير إليها الأخير ص ص٢٠٣ : ٢٠٤) . ويشير كشاكش ص ٤٤١ إلى حكم المحكمة العليا في ٢٤ من يوليه/تموز سنة ١٩٧٤ في قضية الولايات المتحدة الأمريكية ضد نيكسون والتي رفضت فيها المحكمة أن تخول السلطة التنفيذية امتيازات تجعل الرئيس بمنأي عن رقابة القضاء في غير المسائل المتعلقة بالأسرار العسكرية أو الدبلوماسية مما عجل باستقالة الرئيس نيكسون في ٨ من أغسطس/آب سنة ١٩٧٤ لأنه كان يرمي من وراء التمتع بهذه الاستثناءات إلى الامتناع عن تقديم الأوراق والمستندات الخاصة بقضية "ووترجيت" إلى القضاء انظر في تفصيل ذلك د. عبد العظيم عبدالسلام عبد الحميد ، الرقابة على دستورية القوانين : دراسة مقارنة، القاهرة ١٩٩١ ص ٧٧ .

(٤٨٣) انظر في عرض ذلك : مرقس رقم ٢١٩ وأبو المجد ص ١٨٥ . أبو المجد ص ٥٧٨ وما بعدهما .

رفع الدعوى بانتظار صدور الحكم فيها حتى يتصرف في ضوئه فيطبق القانون أو يمتنع عن ذلك .

فيملك القضاء الأمريكي التعرض لمسألة دستورية القوانين في هذه الصور الثلاثة بناء على دفع في دعوى مرفوعة أو طلب مباشر للمحكمة(٤٨٤) .

٢- **الرقابة في النظم اللاتينية** : نبحث هنا الرقابة في فرنسا ثم مصر على أساس انتماء هاتين الدولتين إلى النظم اللاتينية .

أ ـ الرقابة في النظام الفرنسي (٤٨٥) : لا يعرف النظام الفرنسي الرقابة القضائية على دستورية التشريعات احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات وكون الأمة مصدرة التشريع هي الإرادة العليا في البلاد . وهذا هو ما دفع رجال الثورة الفرنسية التي قامت سنة ١٧٨٩م إلى حظر تدخل القاضي لبحث المخالفات الموضوعية للدستور وقصر دوره على بحث المخالفات الشكلية دون سواها .

ولا يجب أن يفهم من ذلك أن المشرع الفرنسي لا يعرف الرقابة على دستورية القوانين على إطلاقها فقد أخذ دستور السنة الثامنة لإعلان الجمهورية بأسلوب بديل لرقابة القضاء وهو رقابة الأمة ممثلة في مجلس الشيوخ المحافظ على الدستور(Sénat Conservateur) (٤٨٦) المشكل من أعضاء يختارهم الإمبراطور ويعهد إليهم بمهمة إلغاء القوانين المخالفة للدستور قبل إصدارها .

وقد أخذ على هذا الأسلوب أمران وهما : أن ولاء الأعضاء فيه يكون للإمبراطور لأنه وحده منوط به اختيارهم وأن اختصاصه بنظر مسألة دستورية القانون مرهون بطلب يقدم إليه من الحكومة أو المجلس النيابي . وبديهي أن كليهما لا يتصور أن يتقدم بهذا الطلب .

---

(٤٨٤) يلجأ القضاة الأمريكيون إلى ثلاث وسائل لمراقبة دستورية القوانين هي التفسير البناء للقانون (وهو تفسير القانون الصادر عن الكونجرس تفسيراً يتفق مع المبادئ الدستورية دون اكتراث بإرادة المشرع وصياغته للنصوص القانونية ، وإعلان عدم دستورية القانون وهو إعلان حجيته مقصورة على الخصوم وغير ملزم للمحاكم الأدنى وإن كان ملزماً للمحكمة العليا التي أصدرته وله قوة عملية عظيمة والآراء الاستشارية وهي آراء يطلبها البرلمان قبل الصياغة النهائية للقانون أو الفرد العادي قبل أن يرفع دعواه إلى القضاء ليعرف حقوقه : سعاد الشرقاوي ص ٢٢٣.

(٤٨٥) تناغو رقم ١٠٤ ص ٣٤٥ : ٣٤٧ وكشاكش ص ٤٤٢ وما بعدها ، وشريف ص ٣٧ وما بعدها وجريج ص ١٥٩ وما بعدها .

(٤٨٦) أبو المجد ص ٥٧٠ هامش رقم (١) .

مع ذلك أستمر الأخذ بهذا النظـام مـع بعـض التعديـل الطفـيف فـي دسـتور سنة ١٨٥٢ وفي سنة ١٩٤٦ نص الدسـتور على إنشاء لجنة دستورية (Comité Constitutionnel) ذات صفة سياسية وحزبية مهمتها الاجتماع بناء على طلب من رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الشيوخ لبحث دستورية القوانين مـع الأبواب العشرة الأول من الدستور فقط. وكان دور هذه اللجنة مقصوراً على أمرين أولهما التوفيق بين مجلسي البرلمان حول القانون المعروض عليها وثانيهمـا ــ إذا فشلت في التوفيق ــ فحص مدى دستورية هذا القانون . فإذا انتهت اللجنة إلى عدم دستورية ردته إلى الجمعية الوطنية لتعيد دراسته وتتخذ أحد موقفين وهما : تعديل القانون ليتفق مع الدستور أو رفض تعديله ، وهنا يتعين تعديل الدستور نفسه ليتفق مع القانون .

وفي دستور الجمهورية الخامسة سنة ١٩٥٨[٤٨٧] أنشئ ما يسـمي بـالمجلس الدستوري (Conseil Constitutionnel) على أن تقتصر عضويته على جميع رؤساء الجمهورية السابقين وتسعة أعضاء آخرين يختارهم كل مـن رئـيس الجمهوريـة ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ بواقع ثلاثة لكل مـنهم ويعملـون جميعاً تحت رياسة رئيس يختاره رئيس الجمهورية ويكون له صوت مرجح عنـد التساوي الأصوات . ويتجدد ثلث هؤلاء الأعضاء كل ثلاث سنوات .

ويتصل علم هذا المجلس الدستوري بمسألة الدستورية بطريقين أحدهما وجوبي والآخر جوازي[٤٨٨] :

الطريق الوجوبي : فيعرض على المجلس كل القوانين التي نص الدستور على ضرورة عرضها عليه مثل القوانين الأساسية واللوائح البرلمانية ، والعرض هنـا سابق على الإصدار بمعنى أن دور المجلس وقائي في هذا الشأن .

الطريق الجوازي : صورتان :

الصورة الأولى : أن يطلب العرض رئيس الجمهورية أو رئيس الـوزراء أو رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ : وهنا يكون العرض لاحق علـى

(٤٨٧) صدر هذا الدستور في ٤ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٥٨ : انظـر الـنص العربـي لهـذا الدستور لدى سعاد الشرقاوي ص ٢٩٣ وما بعدها .

(٤٨٨) وتسمى أيضاً رقابة إلزامية ورقابة استشارية : جريج ص ١٦٣ وما بعدها .

الإصدار .

الصورة الثانية : أن يطلب العرض ستون عضواً بالجمعية الوطنية أو ستون عضواً بمجلس الشيوخ : وجدير بالذكر في هذا المقام أن العرض يتم بعد أن يسن التشريع بالفعل .

وتخضع لرقابة المجلس الدستوري الوجوبية والجوازية جميع التشريعات باستثناء ما تتم موافقة الشعب عليه في استفتاء عام .

وجدير بالذكر أن قرارات المجلس الدستوري قرارات نهائية وملزمة ولا يملك أحد أن يخالفها ، فإذا قرر المجلس الدستوري عدم دستورية القانون وجب التمييز بين فرضين وهما :

الفرض الأول : تعارض القانون مع نصوص الدستور كلها ، فيحظر على رئيس الجمهورية إصداره .

الفرض الثاني : تعارض القانون مع بعض نصوص الدستور ، فيمكن إصدار القانون بعد إسقاط الشق المعارض للدستور ما لم ير المجلس الدستوري غير ذلك .

خلاصة القول ، أن فرنسا لا تعرف الرقابة على دستورية القوانين وإنما تعرف نظاماً آخر وهو الرقابة السياسية من خلال المجلس الدستوري على التفصيل المتقدم.

ب ــ **الرقابة في النظام المصري :** [٤٨٩] لم ينظم أول دستور مصري صدر سنة ١٩٢٣ مسألة الرقابة على دستورية القوانين ولم تكن الدساتير المتعاقبة عليه[٤٩٠] بأسعد حظاً منه في هذا الشأن . وهذا هو ما دفع لجنة الخمسين التي تولت وضع مشروع الدستور الدائم للجمهورية العربية المتحدة سنة ١٩٥٣ إلى النص على إنشاء محكمة دستورية عليا تتولى الرقابة على دستورية القوانين ، وجاء

(٤٨٩) المستشار أحمد ممدوح عطية ، دراسة مقارنة تحليلية حول قانون المحكمة الدستورية العليا ، محاضرة ألقيت في الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع ونشرت في عدد خاص صدر عن المحكمة الدستورية العليا متضمناً وثائق إنشاء المحكمة والأحكام والقرارات التي أصدرتها حتى ٣٠ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨١ ، ص ١٠٧ : ١٤٨ وشريف ص ٦٥ وما بعدها وكشاكش ص ٤٥٢ وما بعدها .

(٤٩٠) انظر مجموعة الوثائق الدستورية : ج١ : الدساتير المصرية ، سابق الإشارة إليها ، رقم ٢٤ ص٨٨ .

ميثاق العمل الوطني في ٣٠ من يوليه/تموز سنة ١٩٦٢ ومن بعده بيـان ٣ مـن مارس/آذار سنة ١٩٦٨ متضمناً لنص مطابق .

وفي ٣١ من أغسطس/آب سنـة ١٩٦٩ صدر القرار بقـانون رقـم ٨١ لسـنة ١٩٦٩(٤٩١) منشئاً المحكمة العليا وأوكل إليها مهمة الفصل فـي دسـتورية القوانين ، ولم يلبث دستور سنة ١٩٧١ أن قدم سنداً دستورياً لهذه المحكمة فـنص في المادة ١٩٢ منه على أن تمارس المحكمة العليا اختصاصاتها المبينة في القانون الصادر بإنشائها وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا .

وفي سنة ١٩٧٩ صدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩(٤٩٢) الذي نظم المحكمـة الدستورية العليا وجعلها وحدها مختصة بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح .

ونعرض في هذا المقام لموضوع الرقابة على دستورية القوانين في مصر قبل إنشاء مجلس الدولة ثم بعد إنشائه ثم في ظل قانـون المحكمة العليا وأخيـراً بعـد صـدور المحكمة الدستورية العليا .

المرحلة الأولى : الرقابة قبل إنشاء مجلس الدولة : اختلف الرأي قبل صـدور القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ عند إنشاء مجلس الدولة فيما يتعلق بحق القضاء في الرقابة على الدستورية(٤٩٣) .

ففي حين أجمع الفقه والقضاء على حق المحاكم العادية والإدارية في الامتناع عن تطبيق التشريعات الفرعيـة المخالفـة للدسـتور وانفـراد القضـاء الإداري بالاختصاص بإبطال هذه التشريعات شأنها في ذلك شأن القرارات الإدارية شريطة أن ترفع دعوى الإلغاء خلال مدة ستين يوماً (٤٩٤) ، اشتد الخلاف في مسألة تعيين الجهة المختصة ببحث دستورية القوانين ومدى سلطة هذه الجهـة عنـد مخالفـة الدستور(٤٩٥) :

---

(٤٩١) الجريدة الرسمية العدد ٣٥ مكرر في ٣١ من أغسطس/آب سنة ١٩٦٩م وفي العدد ٢٥ من نفس الجريدة الصادر في ٢٧من أغسطس/آب سنة ١٩٧٠م نشر قـانون الإجـراءات والرسـوم أمـام المحكمة العليا رقم ٦٦لسنة ١٩٧٠م .

(٤٩٢) الجريدة الرسمية ،العدد ٣٦ مكرر في ٦ من سبتمبر/أيلول سنة ١٩٧٩م.

(٤٩٣) عرفه ص ١٠٥ وما بعدها وشريف ص ص٦٩ : ٧٢ .

(٤٩٤) انظر سابقاً هامش رقم ١٤٦ ص ١٣٠ .

(٤٩٥) انظر سابقاً هامش رقم ١٤٧ ص ١٣٠، وكذلك عبد الباقي رقم ١٦٠ ص ٢٥٤ وما بعدها .

فذهب رأي إلى حرمان القضاء من هذه الرقابة استناداً إلى حجة مؤداها احترام مبدأ الفصل بين السلطات وقصر وظيفة القاضي على التطبيق وليس التشريع .

وذهب رأي آخر إلى القول بأحقية القضاء في هذه الرقابة وعدم مشروعية التفرقة في هذا الصدد بين التشريعات الفرعية والتشريعات العادية ، فكل منهما يتعين إخضاعه لرقابة القضاء لاسيما وأن مقتضى إعمال مبدأ الفصل بين السلطات هو احترام القاضي للتشريع الدستوري احترامه للتشريع العادي ، ومفاد ذلك ألا يحكم بغير ما ورد في الدستور .

وواقع الأمر أن القضاء المصري تردد في ترجيح أحد هذين الرأيين على الآخر : ففي حين حكمت محكمة مصر الأهلية في أول مايو/أيار سنة ١٩٤١ بالرأي الأول ، ألغت محكمة الاستئناف هذا الحكم في ٣٠ من مايو/أيار سنة ١٩٤٣[٤٩٦] إعمالاً للرأي الثاني[٤٩٧].

المرحلة الثانية : الرقابة بعد إنشاء مجلس الدولة : أنشئ مجلس الدولة المصري بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ ، وبإنشائه حسم الخلاف الذي سبقه بشأن حق المحاكم في الرقابة على دستورية القوانين فجعل القانون لمجلس الدولة طريقين لإلغاء اللائحة المخالفة موضوعياً للدستور فلم يعد بذلك دور القضاء مجرد التعويض كما كان الحال قبل صدوره [٤٩٨]. وفي ١٠ من فبراير/شباط سنة ١٩٤٨

---

(٤٩٦) ولعله أول حكم صدر في مصر مقرراً حق المحاكم في رقابة دستورية القوانين : السنهوري وأبو ستيت رقم ١٣٨ ص ١٧١ .

(٤٩٧) جدير بالذكر أن واضعي مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني الحالي انتهوا إلى أنه متى صدر التشريع واستكملت بصدده الإجراءات التي قررها الدستور وجب على المحاكم أن تأتمر به بوصفه قانوناً ولا يجوز لها أن تبحث في دستوريته من حيث الموضوع : وقد ورد ذلك في معرض التعليق على نص المادة الثالثة من القانون المدني الحالي المنقولة عن المادة ٢٦ من الدستور المصري الصادر سنة ١٩٢٣ والذي كان معمولاً به عند إصدار القانون المدني الحالي سنة ١٩٤٨ ثم حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة اكتفاء بورود الحكم بها في الدستور (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، المجلد الأول ، ص ١٩٦ الهامش) وكانت هذه المادة المحذوفة مكونة من الفقرات الأربعة الآتية : تصبح القوانين نافذة في جميع أنحاء الدولة متى أصدرت وفقاً لأحكام الدستور وتصبح قابلة للتطبيق في كل ناحية من مصر في الوقت الذي يستطاع فيه العلم بالإصدار ويعتبر الإصدار معلوماً في جميع أنحاء الدولة بانقضاء ثلاثين يوماً من نشر هذه القوانين ، ويجوز إنقاص هذه المدة أو زيادتها بنص صريح ويكون نشر القوانين بإدراجها في الجريدة الرسمية .

(٤٩٨) فكان الإلغاء مباشراً بدعوى مستقلة أمام المجلس مباشرة خلال مدة معينة ، أما الإلغاء غير المباشر فكان بتظلم من قرار إداري صدر بناء على لائحة مخالفة لقانون أو دستور . فلا يختص

حكمت محكمة القضاء الإداري بأنه "... إذا تعارض قانون عادي مع الدستور في منازعة من المنازعات التي تعرض على المحاكم وقامت بذلك صعوبة مثارها أي القوانين هو الأجدر بالتطبيق ؟ وجب عليها بحكم وظيفتها القضائية بناء على ما تقدم أن تتصدى لهذه الصعوبة ، وأن تفصل فيها على مقتضى أصول هذه الوظيفة، وفي حدودها الدستورية المرسومة لها ، ولا ريب في أنه يتعين عليها عند قيام هذا التعارض أن تطرح القانون العادي وتهمله وتغلب عليه الدستور وتطبقه بحسب أنه القانون الأعلى والأجدر بالاتباع ، في ذلك لا تعتدي على السلطة التشريعية مادامت المحكمة لا تضع بنفسها قانوناً ، ولا تقضي بإلغاء قانون ، ولا تأمر بوقف تنفيذه ، وغاية الأمر أنها تفاضل بين قانونين قد تعارضا فتفصل في الصعوبة وتقرر أيهما أولي بالتطبيق ، وإذا كان القانون العادي قد أهمل فمرد ذلك في الحقيقة إلى سيادة الدستور على سائر القوانين ، تلك السيادة التي يجب أن يلتزمها كل من القاضي والشارع على حد سواء[٤٩٩].

وبصدور هذا الحكم الهام صار واضحاً اتجاه القضاء الإداري في مصر إلى نصرة الرأي القائل بأحقية القضاء في الرقابة على دستورية القوانين[٥٠٠]. وهذا هو ما أكدته الدائرة الجنائية بمحكمة النقض في ٧ من فبراير/شباط سنة ١٩٥٢[٥٠١] و ٦ من مارس/آذار سنة ١٩٥٦[٥٠٢] على التوالي[٥٠٣] .

المجلس مباشرة بنظر مشروعية اللائحة بل عن طريق التظلم الذي يقدم إليه من قرار إداري استند مصدره للائحة المطعون في صحتها .

(٤٩٩) حكم صدر في ١٠ من فبراير/شباط سنة ١٩٤٨ ، مجموعة أحكام مجلس الدولة . س ٢ ص ٣١٢ : انظر على سبيل المثال في الإشادة بهذا الحكم الذي صدر برياسة العلامة عبد الرزاق السنهوري (جريج ، المرجع السابق ص ١٨١) .

(٥٠٠) انظر في تأييد ذلك حكم هذه المحكمة في ٢١ من يونيه/حزيران سنة ١٩٥٢ (مجموعة أحكام مجلس الدولة ، س ٦ ص ١٢٦٦) وحكمها في ٣٠ من يونيه/حزيران سنة ١٩٥٤ (مجموعة أحكام مجلس الدولة ، س ٦ ص ١٣٥٧) .

(٥٠١) مجموعة المكتب الفني س ٣ ص ٤٨١ .

(٥٠٢) مجموعة المكتب الفني س ٧ ص ٢٩٧ .

(٥٠٣) مع ذلك وافقت المحكمة الإدارية العليا في ثلاثة أحكام صدرت في ٢٨ من يونيه/حزيران سنة ١٩٥٧ و ٢٩ من يونيه/حزيران سنة ١٩٥٧ و ١٢ من يوليه/تموز سنة ١٩٥٨ على إطلاق يد السلطات العامة على نحو لم تكن تسمح به الأحكام الأولى وأقرت حق السلطة التشريعية في منع القضاة من نظر أنواع خاصة من الدعاوى وحقها في إعفاء السلطة التنفيذية من كل مسئولية عن القرارات التي تصدرها مع ما يؤدي إليه ذلك من مصادرة حقوق ذوي الشأن في التقاضي بشأن مراكزهم القانونية التي مستها إذا اعتدت عليها تلك القرارات : تناغو رقم ١٠٠ ص ٣٤٩ :٣٥٠ وأبو المجد ص ٦٢٢ وقد ألغيت هذه التشريعات مع غيرها بقانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٢ بإلغاء

المرحلة الثالثة : الرقابة بعد إنشاء المحكمة العليا :نصت المادة الأولى من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ على إنشاء محكمة عليا تكون هي الهيئة القضائية العليا في البلاد وخصها المشرع بحق الفصل ــ دون غيرها ــ في دستورية القوانين، فألزم المشرع المحكمة التي يثار أمامها الدفع بعدم دستورية قانون ما أن تحدد ميعاداً للخصوم لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة العليا وأن توقف الفصل في الدعوى حتى تفصل المحكمة العليا في الدفع[٥٠٤]. ولم يفت المشرع أن يرتب جزاءً رادعاً على الخصوم إذا لم يحترموا هذا الميعاد ، فنص على أنه إذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن . وفي سنة ١٩٧٠ أصدر المشرع القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ بشأن الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا فجعل لمحكمة الموضوع الحق في تقدير جدية الدفع المثار أمامها بشأن دستورية القانون حتى لا يكون الدفع وسيلة لتعطيل الفصل في الدعاوى (المادة الأولي) [٥٠٥] .

وفي جلسة ٣ من يوليه/تموز سنة ١٩٧١[٥٠٦] أصدرت المحكمة العليا حكماً على جانب كبير من الأهمية استعرضت فيه تاريخ الرقابة على دستورية القوانين في مصر وأوضحت مأخذها عليه وهو أن المحاكم المختلفة "... لم يكن قضاؤها في موضوع دستورية القوانين ملزماً لها ولا لغيرها من المحاكم فكان لها أن تنقض في الغد ما تبرمه في اليوم وكان القانون يعتبر في آن واحد دستورياً تطبقه بعض المحاكم وغير دستوري تمتنع عن تطبيقه محاكم أخرى . ونوهت بما كان يترتب على ..اختلاف وجهات النظر بين المحاكم في هذا الموضوع الخطير من اضطراب وعدم استقرار في المعاملات والحقوق والمراكز القانونية" . ولم يفت المحكمة أن تشير إلى أن سلطانها ينبسط على التشريعات كافة على اختلاف أنواعها ومراتبها

موانع التقاضي في بعض القوانين (الجريدة الرسمية س ١٥ ، العدد ٢٣ في ٢٨ من يونيه/حزيران سنة ١٩٧٢) .

(٥٠٤) وقد أصبحت مناقشة مدى دستورية هذا القانون غير ذات موضوع بعد أن صدر دستور سنة ١٩٧١ مشيراً إليها في المادة ١٩٠ .

(٥٠٥) حكم بأن إغفال الحكم الدفع بعدم دستورية القانون يعد خطأ في القانون : نقض مدني في ١٥ من مارس/آذار سنة ١٩٧٨ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٩ رقم ١٤٧ ص ٧٥١ (في هذا الحكم لم تر محكمة النقض في اختصاص محكمة الدرجة الأولى بالفصل النهائي في بعض الدعاوى مخالفة للدستور) .

(٥٠٦) مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا (الدعوى ٤ س ١ قضائية) : القسم الأول ، مجموعة الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية ، جـ١ ، رقم ٢ ص ١٥ وما بعدها (سابق الإشارة إليه) .

ولو كانت تشريعات فرعية صادرة من السلطة التنفيذية فـي حـدود اختصاصـها الدستوري على أساس أن مظنة الخروج على أحكام الدستور قائمة بالنسـبة إليهـا جميعاً. [٥٠٧]

مع ذلك كانت المحكمة العليا تقتصر على مراقبة دستورية القـوانين بـالمعنى الضيق دون القرارات بقوانين أو اللوائح[٥٠٨] .

المرحلة الرابعة : الرقابة بعد إنشاء المحكمة الدستورية العليا : ظهر بصدور القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩[٥٠٩] بشأن المحكمة الدستورية العليا حرص المشـرع على أن يكون لهذه المحكمة دون غيرها[٥١٠] القول الفصل فيما يثور من منازعات حول دستورية القوانين واللوائح سواء أكانت قوانين عادية صـادرة مـن السـلطة التشريعية أم تشريعات لائحية فرعية صادرة من السـلطة التنفيذيـة فـي حـدود اختصاصها الدستوري وسواء أكانت هـذه اللـوائح عاديـة أم لـوائح لهـا قـوة القانون[٥١١].

---

(٥٠٧) رددت المحكمة العليا نفس هذا المبدأ في حكم صدر في ٦ من مايو/أيار سنة ١٩٧٢ في الدعوى رقم ٨ س ١ قضائية : مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا ، القسم الأول : مجموعة الأحكـام الصادرة في الدعاوى الدستورية ، جـ١ رقم ١٠ ص ٩٠ وما بعدها .

(٥٠٨) فكانت تعتبر القرارات بقانون قرارات إدارية يختص القضاء الإداري بإلغائها بما له مـن ولايـة الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية : محكمة القضاء الإداري ٢٢ من ديسمبر/كانون الأول سـنة= = ١٩٥٢ ، مجموعة أحكام القضاء الإداري ، س ٩ رقم ١٣٠ ص ١٧١ ونقض (طعن رقم ٢١ س ٣٩ ق طلبات رجال القضاء) في ٢١ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٧٢ . وبديهي إن هـذا القرار يمكن إلغاؤه خلال ٦٠ يوماً على الأكثر من تاريخ النشر ، كذلك فإن الدفع بعدم دسـتورية قرار بقانون لا يسقط الحق في التمسك به مهما طالت المدة التي انقضت من وقت نشره وسواء تم التمسك بهذا الدفع أمام القضاء العادي أو الإداري : انظر في تفصيل ذلك تناغو رقم ٩٩ ص ٣٣١ هامش رقم ٨٨ ورقم ١٠٧ ص ٣٥٩ .

(٥٠٩) وهي هيئة قضائية مستقلة بذاتها مقرها القاهرة (المادة الأولى من هذا القانون) .

(٥١٠) نصـت المـادة الثانية مـن هـذا القانون على أن جميع الدعاوى والطلبات القائمة أمام المحكمة العليا والتي تدخل في اختصاص المحكمة الدستورية العليا بمقتضى هذا القانون تحال إليها بحالتها فور تشكيلها دون رسوم .

(٥١١) المذكرة الإيضاحية لهذا القانون . تطبيقاً لما ورد في المتن حكم بأن مؤدي هذا الاختصاص أنـه ليس لغيرها من محاكم الامتناع عن تطبيق نص لم يقض بعدم دستوريته نقض مدني طعن رقـم ١٢٥ لسنة ٥٢ ق في ١٣ من مارس/آذار سـنة ١٩٨٦ ، مجلـة القضـاة ، العـدد السـابق الإشـارة إليه ، ص ١٢٣ وص ١٤٤ ونقـض (الـدائرة المدنيـة والتجاريـة) ، ٩ مـن أبريل/نيسان سنة ١٩٩٠ ، الطعن رقم ١٦٨٣ س ٥٥ ق وفي ٩ من يوليه/تمـوز سـنة ١٩٩٠ ، الطعن رقم ١٠٩٨ س ٥٥ ق ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، س ٣٥، أبريل/نيسان ـ يونيه/حزيران سنة ١٩٩١ ، ع ٢٢ رقم ٤ ص ١٨٨ : ١٨٩ .وفي حكم آخر حكمت محكمة الـنقض (الـدائرة

وسنعرض هنا في إيجاز لتشكيل المحكمة واختصاصاتها والإجراءات الواجبة الاتباع أمامها وآثر الحكم الصادر منها .

(١) **تشكيل المحكمة** : يختار أعضاء المحكمة من بين أعضاء المحكمة العليا الحاليين وأعضاء الهيئات القضائية الحاليين والسابقين ممن أمضوا في وظيفة مستشار أو ما يعادلها خمس سنوات متصلة على الأقل ، وأساتذة القانون الحاليين والسابقين بالجامعات المصرية من أمضوا في وظيفة أستاذ ثماني سنوات متصلة على الأقل والمحامين الذين اشتغلوا أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا عشر سنوات متصلة على الأقل (مادة ٤) على أن يكون ثلثَ عدد أعضاء المحكمة على الأقل من بين أعضاء الهيئات القضائية (مادة ٣/٥)

أما الرئيس فيعين مباشرة من رئيس الجمهورية (مادة ١/٥) ويعاون أعضاء المحكمة هيئة للمفوضين تتكون من رئيس وعدد كاف من المستشارين المساعدين (مادة ٢١) عن طريق التعيين (مادة ٢٢/٣-٤-٥) أو الندب من بين أعضاء الهيئات القضائية (مادة ٦/٢٢) . وتتولى هيئة المفوضين بعد تحضير الموضوع إيداع تقرير تحدد فيه المسائل الدستورية والقانونية المثار رأي الهيئة فيها مسبباً (مادة ١/٤٠) . وقد جعل القانون أعضاء المحكمة (مادة ١١) ورئيس أعضاء هيئة المفوضين (مادة ٢٤) غير قابلين للعزل وغير جائز نقلهم إلى وظائف أخرى إلا بموافقتهم .

(٢) **اختصاص المحكمة** : تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح (مادة ٢٥) [٥١٢]، ويجوز لها في

المدنية) أن أحكام المحكمة الدستورية العليا وقراراتها لا تقبل الطعن فيها وأن هذا لا يتعارض مع نص المادة ٢٤٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية التي تتضمن قاعدة الطعن بالنقض في الأحكام الانتهائية أيا كانت المحكمة التي أصدرتها :طعن رقم ١٩٤٥ س ٥٢ ق ، في ٣ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٦ ، مجلة القضاة ، العدد السابق الإشارة إليه ، ص ١٢٣ و ص١٤٤ .

(٥١٢) تضيف هذه المادة إلى اختصاص المحكمة إختصاصين مانعين لها وهما الفصل في تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي وذلك إذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين ولم تتخل أحدهما عن نظرها أو تخلت كلتاهما عنها (مادة ٢٥/ثانياً) والفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها (مادة ٢٥ / ثالثاً) كما تتولى المحكمة تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور وذلك إذا أثارت

جميع الحالات أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة [٥١٣] يعـرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية (مـادة ٢٧) [٥١٤] . ومفـاد ذلـك

خلافاً في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها (مادة ٢٦) . وجدير بالذكر في هذا الصدد أن المحكمة الدستورية العليا قد قضت بأن التناقض لا يتحقق بين حكم قضائي وفتوى صدت من دار الإفتاء حيث أن هذه الدار لا تعتبر جهة قضائية ولا هيئة ذات اختصاص قضائي : المحكمة الدستورية العليا ، ٢ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٨٨ ، مجموعة المكتب الفني ، ج ٤ ، قاعدة رقم (٣) ، القضية رقم ٤ لسنة ٨ قضائية (تنازع) ص ٤٣٤ .

(٥١٣) حكمت المحكمة الدستورية العليا باختصاصها بنظر مخالفة القانون أو اللائحة للدستور فقط وليس مخالفة القوانين لبعضها : المحكمة الدستورية العليا، ١٩ من يونيه/حزيران سنة ١٩٩٣ ، الجريدة الرسمية، ع ٢٧ تابع في٨ من يوليه/تموز سنة ١٩٩٣ ص ٩ . كذلك الحال رفضت المحكمة القول باختصاصها بالنظر في دستورية القرار الصادر من إحدى شركات قطاع الأعمال العام ببيع أرض مصنع مؤمم والشونة الملحقة به ، وأوضحت المحكمة أن هذا القرار المطعون فيه ".. لا يعتبر قراراً تنظيمياً منشئاً لقواعد قانونية تتسم بالعمومية والتجريد" بل تصرفاً قانونياً متعلقاً بأموالها الخاصة .. (و) لا يعتبر من الأعمال التشريعية التي تتناولها الرقابة القضائية التي تباشرها = = المحكمة الدستورية العليا في شأن النصوص القانونية جميعها (جلسة ٤ من مايو/أيار سنة ١٩٩٦، قضية رقم ٦٢ س ١٧ق "دستورية" ، الجريدة الرسمية ، العدد ١٩ في ١٦ من مايو/أيار سنة ١٩٩٦ ص ٩١٠ وما بعدها) . كذلك حكمت المحكمة نفسها بأن نظام العاملين بالبنك الرئيسي للتنمية والائتمان الزراعي وبنوك التنمية والائتمان الزراعي بالمحافظات لا تعتبر في مجال سريان أحكامها تشريعاً بالمعنى الموضوعي (انظر سابقاً ص ٢٣) ولا تمتد إليها بالتالي الرقابة القضائية التي تباشرها هذه المحكمة في شأن الشرعية الدستورية (٣ من مايو/أيار سنة ١٩٩٧ ، الجريدة الرسمية ، العدد ٢٠ في ١٥ من مايو/أيار سنة ١٩٩٧ ، ص١١٧١) . انظر تطبيقاً أخر رأت فيه المحكمة في قرار لوزير البترول نصاً لائحياً تنبسط عليه رقابتها حيث لا يتقيد بحالة بذاتها تستنفذ بها القاعدة القانونية مجال تطبيقها ولا بشخص معين يستغرق نطاق سريانها (٣ من مايو/أيار سنة ١٩٩٧ ، الجريدة الرسمية ، العدد ٢٠ في ١٥ من مايو/أيار سنة ١٩٩٧ ص ١١٥٨). ومن المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا أن كل لائحة يتحدد تكيفها القانوني بمجال سريانها فكلما كان هذا المجال متصلا مباشرة بنطاق القانون الخاص به انحسرت عنها الصفة الإدارية ــ ولو كانت الجهة التي أصدرتها شخصا من أشخاص القانون العام ، فلا تعتبر بالتالي تشريعا بالمعنى الموضوعي مما تشمله الرقابة القضائية التي تباشرها هذه المحكمة في شأن الشرعية الدستورية طبقا لذلك قضي بأن قواعد الصرف من صندوق الزمالة الصادرة من إحدى شركات قطاع الأعمال العام (شركة مصر شبين الكوم للغزل والنسيج) لا تعتبر تشريعا بالمعنى الموضوعي ، ولا تمتد لها بالتالي الرقابة التي تتولاها هذه المحكمة (المحكمة الدستورية العليا، ٧ من يوليه/تموز سنة ٢٠٠١ ، القضية رقم ١٠٠ لسنة ٢١ قضائية (دستورية) ، الجريدة الرسمية ، العدد ٢٩ في ١٩ من يوليه/تموز سنة ٢٠٠١ ص ١٢٤٨).

(٥١٤) حكم بأن النعي على كيفية تطبيق القانون وإجراءات تنفيذه لا يشكل عيباً دستورياً يوصم به القانون وبالتالي لا تمتد رقابة المحكمة الدستورية العليا إليه : المحكمة الدستورية العليا ، القضية رقم ١٨ س ١ قضائية جلسة ٥ من فبراير/شباط سنة ١٩٨٣ ، مجموعة أحكام وقرارات المحكمة التي أصدرتها من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٨١ حتى ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٣ ، الجزء الثاني ، رقم ١٣ ص ٧٧ وما بعدها . وحكمت المحكمة بعدم دستورية المادة السادسة من القرار بقانون رقم ١٩٣٥ لسنة ١٩٦٤ بشأن تنظيم المؤسسات العلاجية فيما تضمنه

الاختصاص الاستئثاري المانع عدم جواز القول باختصاص القضـــاء العـــادي أو الإداري بالنظر في مثل هذه الأمور(٥١٥) . ولا يتعارض ذلك مع ما حكم به(٥١٦) من أنه إذا تعارض التشريع مع أحكام الدستور يجب التزام هذه الأحكام وإهدار ماعداها لأن ورود نص في الدستور صالح بذاته للإعمال دون حاجة إلى سن تشريع أدني. وبديهي أن القضاء في ذلك لا يتقيد بالوصف الذي يخلعه المشرع على القواعد التي يسنها متي كانت بطبيعتها تتنافى مع هذا الوصف(٥١٧) .

وليس من المقبول التمسك بنظرية أعمال السيادة لإخراج أيـــة أمــــور مــن دائرة الرقابة القضائية للمحكمـــة لأن ذلك مرد تقـــديره إلـــى القضـــاء حســـب ظروف كل حالة على حدة نظـــراً لأن أعمـــال السيـــادة لا تقـــبل الحصـــر والتحديد وإنمـــا يجمعها أنها تصدر عن الدولة بما لها مـــن سلـــطة عليـــا وســـيادة داخلية وخارجية مستهدفة تحقـــيق المصـــالح العليـــا للجماعـــة ، والســـهر على احترام دستورها والإشراف على علاقاتـــهـــا مـــع الـــدول الأخرى وتأمين سلامتـــهـــا وأمـــنها فـــي الـــداخل والخـــارج (٥١٨) . ونؤكـــد أن

من النص على أن تكون قرارات لجان التقييم نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأي وجه من أوجه الطعن : المحكمة الدستورية العليا ، ٢٨ من يوليه/تموز سنة ١٩٩٠ ، الجريدة الرسمية ، ع ٣٣ في ١٦من أغسطس/آب سنة ١٩٩٠ ، ص ١١٢٨ : ١١٣٢ . كما حكمت المحكمة باختصاصها بنظر مدى دستورية القرار الجمهوري بالانضمام إلى اتفاقية دولية ما دامت هذه الاتفاقية متعلقة بالأعمال التجارية (إنشاء المصرف العربي الدولي) وليس بالأعمال السياسية التي تخرج عن ولاية القضاء الدستوري

(جلسة ١٩ من يونيه/حزيران سنة ١٩٩٣ قضية رقم ١٠ س ١٤ق / دســتورية ، الجريـــدة الرسمية ، ٧٢ (تابع) في ٨ من يوليه/تموز سنة ١٩٩٣ ص ٤١).

(٥١٥) تناغو رقم ١٠٨ مكرر ص ٣٦٠ والباز ص ٦٦٥ .

(٥١٦) نقض مدني ، ١٣ من مارس/آذار سنة ١٩٨٠ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣١ رقم ١٦٠ ص ٨١٠ .

(٥١٧) طعن رقم ١ س١ ق دستورية عليا في ٢ من مـــارس/آذار ســـنة ١٩٨٥ ، مجموعـــة الأحكـــام والقرارات، الجزء الثالث ، رقم ٢٦ ص ١٦٢ وما بعدها .

(٥١٨) تأسيساً على ذلك رفضت المحكمة الاحتجاج بأعمال السيادة (القضية رقم ٣ س ٢ ق جلســـة ٢٥ من يوليه/تموز سنة ١٩٨٣ ، مجموعة أحكام المحكمة التي أصدرتها من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٨١ حتى ديسمبر/كانون الأول ،١٩٨٣ جـ٢ ، رقم ٢٢ ص ١٥٥) بشأن القرار بقانون رقـــم ١٠٤ لسنة ١٩٦٤ المطعون فيه ، الذي نص في مادته الأولى على أيلولة ملكية الأراضي الزراعية التي تم الاستيلاء عليها طبقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالإصلاح الزراعـــي والقرار بقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ المعدل له إلى الدولة دون مقابل ، يكون قـــد جـــرد مـــلاك الأراضي المستولى عليها من ملكيتهم لها بغير مقابل ، فشكل بذلك اعتداء على هذه الملكية الخاصة ومصادرة بالمخالفة لحكم كل من المادة ٣٤ من دستور ١٩٧١ التي تنص على أن الملكية الخاصة

المحكمة الدستورية العليا وإن كانت رقابتها لا تمتد إلى ملاءمة إصدار التشريعات إلا أن هذا لا يعني إطلاق سلطة سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور . وعلى هذا الأساس حكم بأنه إذا عصف المشرع بحق من الحقوق أو أثر على بقائه خضع عمله لرقابة المحكمة(٥١٩).

مصونة والمادة ٣٦ منه التي تحظر المصادرة العامة للأموال ولا تجيز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي ، مما يتعين معه الحكم بعدم دستورية المادة الأولى من القرار بقانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٦٤ . وانظر في التأكيد على سلطة القضاء في تقدير التكييف القانوني لأعمال السيادة: القضية رقم ٤٨ س ٤ ق جلسة ٢١ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٨٤ ، مجموعة الأحكام والقرارات ، الجزء الثالث ، رقم ٣ ص ٢٢ وما بعدها . انظر في التأكيد على أن العبرة في اعتبار عمل معين من الأعمال السياسية ترجع إلى طبيعة الأعمال ذاتها، وليس إلى طريقة أو إجراءات إبرامها والموافقة والتصديق عليها (تطبيق خاص بالاتفاقيات الدولية)، تطبيقا لذلك انتهت المحكمة إلى أن الاتفاقية الدولية بإنشاء المصرف العربي الدولي تتمحض عن إنشاء بنك يقوم بالأعمال التي تقوم بها البنوك التجارية، فلا يسوغ اعتبارها من الأعمال السياسية: المحكمة الدستورية العليا ، القضية رقم ١٠ السنة ١٤ قضائية دستورية، جلسة ١٩ من يونيه/حزيران سنة ١٩٩٣، مجموعة الأحكام والقرارات ، الجزء الخامس/ المجلد الثاني، رقم ٣١ ص ٣٧٦.

(٥١٩) المحكمة الدستورية العليا : قضية رقم ٦٧ س ٤ ق جلسة ٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٨٥ ، الجزء الثالث من المجموعة السابقة ،رقم ٢١ ص ،١٢٢ ورقم ٩١ س ٤ ق جلسة ٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٨٥ الجزء الثالث من المجموعة السابقة ، رقم ٥١ ص ٣٥٣ . وأيضاً جلسة ٤ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٢ ، الجريدة الرسمية في ٢٣ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٢ ص ٢٧٦ وانظر أيضاً جلسة ١٥ من مايو/أيار سنة ١٩٩٣ (الجريدة الرسمية ، العدد ٢٢ (تابع) في ٥ من يونيه/حزيران سنة ١٩٩٣ ص ٣٦) حيث أكدت المحكمة على هذا المبدأ بقولها "إن السلطة التقديرية في مجال تنظيم الحقوق مقيدة بالتخوم التي فرضها الدستور حداً لها ، ومن بينها ألا يكون التنظيم التشريعي للحق مؤدياً إلى مصادرته أو منطوياً على اغتيال وجوده" . انظر تطبيقاً لذلك حكمها بأنه لا يجوز أن تفرض الضريبة ويحدد وعاؤها بما يؤدي إلى زوال رأس المال المفروضة عليه كلية أو الانتقاص منه إلى درجة جسيمة ، فما لذلك الغرض شرعت الضريبة ، وما قصد الدستور أن تؤدي في نهاية مطافها إلى أن يفقد المواطن أس المال المحمل بعبئها ليؤول تنفيذها في النهاية إلى فقدان وعاؤها أو الانتقاص الجسيم منه لذا انتهت المحكمة إلى عدم دستورية قانون فرض الضريبة على الأرض الفضاء : جلسة ١٩ من يونيه/حزيران سنة ١٩٩٣ ، الجريدة الرسمية ، ٢٧٤ تابع في ٨ من يوليه/تموز سنة ١٩٩٣ ص ٣٣ ، وانظر تطبيقاً قضائياً آخر حكم فيه بأن الأصل في العقوبة هو معقوليتها فلا يمكن التدخل بها إلا بقدر نأياً بها عن أن تكون إيلاماً غير مبرر يؤكد قسوتها في غير ضرورة ، وبالتالي حكم بعدم دستورية المادة ٨ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦ بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها فيما تضمنه من معاقبته من ينتهكها بعقوبة المخالفة إذا كان حسن النية حيث اعتبرت المحكمة أن هذه الأفعال "لا تصل خطورتها إلى حد الإيغال في الجزاء عليها لأنها تتعلق بأفعال لا يتعمدها مرتكبها" (قضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية ، جلسة ٢ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٥ ، الجريدة الرسمية العدد ٥١ ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٥ ، ص ٢٩١٤) . كذلك حكم بعدم دستورية ما ورد في

(٣) إجراءات التقاضي : تفصل المحكمة في المسائل الدستورية بإحدى وسائل ثلاث هي[٥٢٠] الإحالة والدفع والتصدي ، مع الإشارة إلى أن الإحالة قد تكون من محكمة النقض وأن الدفع قد يقدم إلى محكمة النقض [٥٢١].

الإحالة : " إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص [٥٢٢] في قانون أو لائحة [٥٢٣] لازم

قانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ في شأن إنشاء نقابات واتحاد نقابات المهن التمثيلية والسينمائية والموسيقية من إلزام طالب التصريح ، مصريا بالمعاشات بالنقابة رسما نسبيًا مقداره ٢٠% من الأجور والمرتبات التي يحصل عليها نتيجة التصريح المؤقت دون ارتباط بين الترخيص بالأعمال التي أداها بعد صدوره ولا بقيمتها، أو من إنجازها، ولا بقبولها ممن تلقونها أو إعراضهم عنها، فلا يكون اقتطاعها ولحسابها جزءًا من أجوره عنها مقابلا لنشاط خاص بذلته من جانبها لمصلحته بل عدوانًا منها على حقه في العمل وانفراده بعائد العمل، وإخلالا بالحرية الشخصية، وبحرية التعبير والإبداع وبالحماية التي كفلها الدستور للملكية الخاصة وبمبدأ سيادة القانون والخضوع لمقتضاه وبضرورة أن يقدر المشرع لكل جريمة عقوبتها بما يكفل تناسبها مع الأفعال التي أثمها (المحكمة الدستورية العليا، ٤ يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٧، طعن رقم ٢س ١٥ق دستورية، الجريدة الرسمية ، العدد ٣ في ١٦ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٧ ص ص ١١٥ : ١٣٠).

(٥٢٠) حكم بأن ".. هذه الأوضاع الإجرائية ـــ سواء ما اتصل منها بطريقة رفع الدعوى الدستورية أو بميعاد رفعها تتعلق بالنظام العام باعتبارها مشكلاً جوهرياً في التقاضي يبغي به المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي رسمها وفي الموعد الذي حدده : المحكمة الدستورية العليا ، قضية رقم ٢٩س ٢ق في٣ من أبريل/نيسان سنة١٩٨٢ ، مجموعة الأحكام والقرارات ، الجزء الثاني (أكتوبر/تشرين الأول١٩٨١ ـــ ديسمبر/كانون الأول سنة١٩٨٣) رقم ٦ ص٣١ وما بعدها .وانظر في نفس المعنى قضية رقم ٤٧ س ٣ ق في ١١ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨٣ ، نفس المجموعة والجزء ، رقم٢٠ ص١٢٧ والقضية رقم ٦ س٤ ق في٣ من مارس/آذار سنة ١٩٨٤ ، نفس المجموعة ، الجزء الثالث ، رقم ٥ ص٣٥.

(٥٢١) المحكمة الدستورية العليا، ٩ من يونيه/حزيران سنة ١٩٩٣، المجموعة السابقة، الجزء الخامس/ المجلد الثاني، رقم ٢٩ ص ٣٤٣.

(٥٢٢) ولا يعد تشريعا بالمعنى الموضوعي تمتد إليه الرقابة التي تتولاها المحكمة الدستورية العليا قواعد الصرف من صندوق للزمالة في شركة مساهمة : قضية رقم ١٠٠ لسنة ٢١ الاقتصاد الإسلامي في ٧ من يوليه/تموز سنة ٢٠٠١ ، الجريدة الرسمية ، العدد ٢٩ في ١٩ من يوليه/تموز سنة ٢٠٠١ ص ١٢٤٨. (انظر سابق هامش رقم ١٨٤ ص ١٣٩) .

(٥٢٣) "إن الرقابة القضائية على دستورية التشريعات، ينحصر مجالها في التحقق من مطابقة أو عدم مطابقة القوانين واللوائح للدستور، فلا تمتد إلى بحث التعارض بين اللوائح: طعن رقم ٩ س ٩ ق صادر في ٦ نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٧٦ مجموعة الأحكام والقرارات، القسم الأول : مجموعة الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية حتي٣٠ يونيه/حزيران سنة ١٩٨١ جـ١ رقم٤١ ص٤٧٤ وكذلك القضية رقم ٣١ س ٣ ق دستورية عليا جلسة ٧ من مايو/أيار سنة ١٩٨٣

للفصل في النزاع ، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق [٥٢٤] بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية (مادة ٢٩/أ) "

الدفع : "إذا دفع أحد الخصوم[٥٢٥] أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو

، مجموعة الأحكام والقرارات السابقة، جـ٢ رقم ١٨ ص ١١٧ وكذلك مقال عطية السابق ص ١٣٥ .

(٥٢٤) نقض مدني الطعن رقم ١٢٥ س ٥٢ ق في ١٣ من مارس/آذار سنة ١٩٨٦ غير منشور ومشار إليه في مجلة القضاة س ٢١ ، ع ١ من يناير/كانون الثاني ـ يونيه/حزيران سنة ١٩٨٨ ص ١٤٤ . و "يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها وفقاً لحكم المادة السابقة بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعي بمخالفته وأوجه المخالفة" (مادة ٣٠ من قانون المحكمة) . وحكمة ذلك هو ".. مراعاة قرينة الدستورية لمصلحة القوانين وحتى يتاح لذوي الشأن فيها ومن بينهم الحكومة أن يتبينوا كافة جوانبها ، ويتمكنوا في ضوء ذلك من إبداء ملاحظاتهم وردودهم وتعقيبهم عليها في المواعيد التي حددتها المادة ٣٧ من ذات القانون بحيث تتولى هيئة المفوضين بعد انتهاء تلك المواعيد تحضير وتحديد المسائل الدستورية والقانونية المثارة وتبدي فيها رأياً مسبباً ... فإذا جاء قرار الإحالة خالياً من أي بيان عن النص الدستوري المدعي بمخالفته وأوجه= =المخالفة فإنه يكون قاصراً وبالتالي تكون الدعوى الدستورية غير مقبولة" (المحكمة الدستورية العليا ، قضية رقم ١٦ س ٢ ق جلسة ٣ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٢ ، مجموعة الأحكام والقرارات السابقة ، جـ٢ ، رقم ٤ ص ٢٤ وما بعدها والقضية رقم ٣١ س ٣ ق في ٧ من مايو/أيار سنة ١٩٨٣ نفس المجموعة ونفس الجزء قم ٢٨ ص ١٩٨ وما بعدها ورقم ٢١ س ٦ ق في ١٦ من فبراير/شباط سنة ١٩٨٥ ، المجموعة السابقة ، جـ٣ رقم ٣١ ص ٢٢٥) . ولا يغني عن ذلك الإحالة إلى أسباب حكم آخر غير مودع بملف الدعوى المحالة : الدستورية العليا قضية رقم ١٨ لسنة ٣ ق في ٣ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٢ ، المجموعة السابقة ، جـ٢ ، رقم ٥ ص ٢٨ وما بعدها والقضية رقم ١٣٧ س ٥ ق جلسة ٧ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٤ المجموعة السابقة ، جـ٣ رقم ٩ ص ٥٤ وما بعدها .

(٥٢٥) كانت محكمة النقض قد قضت بأن هذا الدفع غير متعلق بالنظام العام ولا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض : نقض مدني ٢٦ من مارس/آذار ١٩٧٧ ، مجموعة المكتب الفني ، س٢٨ رقم ١٣٩ ص ٧٧٩ و ١٩ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨١ ، مجموعة المكتب الفني ، س٣٢ رقم ٤٢٦ ص ٢٣٣٧ ، و٢٦ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٨٨ ، مجموعة المكتب الفني ، س٣٩ رقم ٣٩ ص ١٧٢ ، ورددت ذلك في حكم حديث لها في ٦ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٤ ، مجموعة المكتب الفني ، س٤٥ رقم ٢١ ص ٩٦ . ولم يعد هناك محلاً للتمسك بهذا القضاء بعد أن قضت المحكمة الدستورية العليا بأن القول الفصل في المسائل الدستورية لها "إذ هي التي تتحراها سابرة أغوارها ، متقصية أبعادها ، بالغة ببحثها منتهاه ، لتقول كلمته فيها " ، ورتبت على ذلك نتيجة مهمة مفادها جواز إثارة الدفع بعدم الدستورية لأول مرة أمام محكمة النقض حيث أن "...إجالتها لبصرها في هذا الدفع ، يعكس جوهر رقابتها القانونية" . كما وأن هذا الدفع "ليس من الدفوع التي يخالطها واقع ولا تعتبر المجادلة فيه مجادلة موضوعية ... وإنما ينحل إلى إدعاء بمخالفة نص تشريعي لحكم في الدستور وهو إدعاء لا يرتبط الفصل فيه بأية عناصر واقعية تكون محكمة الموضوع قد حققتها ، ومن ثم تجوز إثارته ولو لأول مرة أمام محكمة النقض التي تعتبر من المحاكم التي عنتها المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا والتي يجوز إثارة مثل هذا الدفع أمامها . وبررت المحكمة ذلك بالقول بأن إنزال النصوص التشريعية دوماً على الواقعة التي

الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي(٥٢٦) – أي إذا كانت النصوص التي خصها الطالب بالدفع من بينها ما هو لازم للحكم في الدعوى (٥٢٧) – أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا(٥٢٨)، فإذا لم ترفع

حصلها الحكم المطعون فيه أياً كان وجه تعارضها مع الدستور ، " يخل بضرورة أن تكون الشرعية الدستورية متكاملة حلقاتها ، وأن تكون لأحكام الدستور الصدارة على ما دونها في المرتبة " : ١٩ من يونيه/حزيران سنة ١٩٩٣ ، المجموعة السابقة ، الجزء الخامس / المجلد الثاني ، رقم ٢٩ ص ٣٤٣ (سابق الإشارة إليه) . ورددت ذلك في حكم حديث لها في ٦ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٤ ، مجموعة المكتب الفني ، س٤٥ ، رقم ٢١ ص٩٦.

(٥٢٦) وللمحكمة سلطة تقدير جدية الدفع : نقض مدني (رقم ٦٠ س ٤٤ ق طلبات رجال القضاء في ٢٧ من مارس/آذار سنة ١٩٧٥ مجموعة المكتب الفني، رقم ٨ ص ٢٩ (ويرى البعض في هذه السلطة التقديرية للقاضي أيا كانت درجة المحكمة التي ينتمي إليها اعترافاً للقاضي بدور رقابي إيجابي على دستورية القوانين:الزميل الأستاذ الدكتور محمد نور شحاتة ، استقلال القضاء من وجهة النظر الدولية والعربية والإسلامي، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٧ ، ص ٤٧ ـ ٤٨) وانظر في التأكيد على حرية محكمة الموضوع في وقف الدعوى إذا رأت جدية الدفع : = =الدستورية العليا قضية قم ١٠ س ٥ ق في ٣ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٣ ، مجموعة الأحكام والقرارات ، جـ٢ ، رقم ٢٧ ص ١٩٣ وما بعدها (سابق الإشارة إليه) . ونقض مدني ٢٠ من مارس/آذار سنة ١٩٩٤ ، مجموعة المكتب الفني ، س٤٥ ، رقم ١٠٤ ص ٥١٣ ولا يقوم القرار الصادر من محكمة الموضوع بوقف الدعوى الموضوعية إلى أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في الدعوى المقامة أمامها بعدم دستورية نص قانوني معين ، مقام تقدير جدية الدفع ولا يرقى إلى مرتبة التصريح للمدعي برفع الدعوة الدستورية ، بل يفيد إرجاء الفصل في النزاع الموضوعي إلى أن تدلي المحكمة الدستورية العليا بكلمتها في الدعوى المطروحة عليها بعد تحققها من توافر شروط قبولها وفقاً للأوضاع المقررة أمامها : جلسة ٤ من يونيه/حزيران سنة ١٩٩٤ ، مجموعة الأحكام والقرارات ، ج٦ ، رقم ٢٥ ص ٢٩٥.

(٥٢٧) نقض مدني ، (طلبات رجال القضاء) ، ٥ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٩ ، مجموعة المكتب الفني ، س٤٠ رقم ١٢ ص ٣٤. ويلتزم الطاعن بالطعن فيما يتمسك بعدم دستورية من مواد فحسب : المحكمة الدستورية العليا ، ٩ من يونيه/حزيران سنة ٢٠٠٢ ، الطعن رقم ٦٦ لسنة ٢١ق دستورية ، الجريدة الرسمية ، العدد ٢٥ تابع في من يونيه/حزيران سنة ٢٠٠٢ ص ٢٠.

(٥٢٨) ولا يعد تأجيل محكمة الموضوع الدعوى الموضوعية إلى جلسة لاحقة لانقضاء الأجل الذي حددته من قبل لرفع الدعوى الدستورية امتداداً للأجل الذي حددته لرفعها : القضية رقم ٧ س ٤ ق جلسة ٢١ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٤ ، المجموعة السابقة ، جـ٣ رقم ١٠ وما بعدها . وقد قضي (القضية رقم ٢ س ١٨ قضائية دستورية في ٦ من فبراير/شباط سنة ١٩٩٩ الجريدة الرسمية العدد ٧ في١٨ من فبراير/شباط سنة ١٩٩٠ ص ٢٨٦) مدة الأشهر الثلاثة تعد حداً زمنياً نهائياً تقرر بقاعدة آمرة ، ولا يجوز لمحكمة الموضوع أن تتعداه وإلا اعتبر الدفع بعدم الدستورية كأن لم يكن ، وبأن اعتداد المحكمة الدستورية العليا بالمهلة الجديدة التي تضيفها محكمة الموضوع إلى مدة سابقة عليها كانت قد عينتها لرفع الدعوى الدستورية مشروط بالا يكون الميعاد الأول

الدعوى في الميعاد[٥٢٩] أعتبر الدفع كأن لم يكن (مادة ٢٩/ب) "وهـذه الأوضـاع الإجرائية – سواء ما اتصل منها بطريقة رفع الدعوى الدستورية أو بميعاد رفعها إنما تتصل بالنظام العام باعتبارها من الأشكال الجوهرية في التقاضي التـي تغيا المشرع بها مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بـالإجراءات التي رسمها المشرع وفي الموعد الذي حدده" [٥٣٠].

التصدي[٥٣١] : "يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضي بعـدم دسـتورية أي

زائداً على الأشهر الثلاثة التي ضربها قانون المحكمة الدستورية العليا ليقيم المدعي خلالها دعواه الدستورية ، فإذا جاوزها فلا يتصور أن تتصل به مدة جديدة أياً كان زمنها . فإذا حددت محكمـة الموضوع أجلاً ثم أجلت نظر الدعوى مرات ثلاثة فإن ذلك يتمحض ميعاداً جديـداً لا يعتـد بـه لوروده على غير محل بعد أن اعتبر الدفع المبدي أمامها ... كأن لم يكن بفـوات الميعـاد الـذي حددته ابتداء لإقامة الدعوى الدستورية ، دون أن تكون قد أقيمت بالفعل قبل انقضائه ، فيمتد الأجل لمدة ثلاثة أشهر ميعاداً جديداً ورد على غير محل : القضية رقم ٢٢١ لسنة ٢١ قضائية دستورية ، في ٧ من يوليه/تموز سنة ٢٠٠١ (الجريدة الرسمية ، العدد ٢٩ من يوليه/تموز سـنة ٢٠٠١ ص ٢٥٦) والقضية رقم ٢٢٢ لسنة ٢١ قضائية دستورية في ٣ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ٢٠٠١ (الجريدة الرسمية العدد ٤٦ في ١٥ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ٢٠٠١ ص ١١) .

(٥٢٩) ويلاحظ أن ميعاد الثلاثة الأشهر هو ميعاد أقصى بمعنى أن المحكمة إذا لم تحدد ميعاداً أقل التزم الخصوم برفع دعواهم الدستورية قبل انقضاء الميعاد الأقصي: المحكمة الدستورية العليا: قضـية رقم ٤ س ٥ ق جلسة ٢١ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٤ المجموعة السابقة، جـ٣ رقم ١١ ص ٦٣ وما بعدها، ورقم ١٥٠ س ٥ ق جلسة ٥ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٨٥ المجموعـة السـابقة، جـ٣ رقم ١٩ ص ، ١١٤ وقضية رقم ١٢٤ س٤ ق جلسة ٢ من فبراير/ شباط سـنة ١٩٨٥= = المجموعة السابقة، جـ،٣ رقم ٢٠ ص١١٨ ورقم ٥٠ س٦ ق جلسة ٢١ من ديسـمبر/كـانون الأول سنة ١٩٨٥ المجموعـة السابقـة ، جـ٣ رقم ٣٧ ص٢٦٤ وقضية رقم١ س٤ ق فـي ٣ من مايـو/أيار سنة ١٩٨٦ المجموعة السابقة، جـ٣ رقم ٤٧ ص٣٢١، والقضية رقم ٤ لسنة ٢١ قضائية "دستورية" في ١٤من أبريل/نيسان سنة ٢٠٠٢، ص٣٥ .

(٥٣٠) المحكمة الدستورية العليا ، القضية رقم ٤ لسنة ٢١ قضائية "دستورية" ، الجريدة الرسمية ، العدد ١٧ تابع ٢٧ من أبريل/نيسان سنة ٢٠٠٢ ، ص ٣٥ . جدير التنويه بحكم مهم للمحكمة الدستورية الكويتية في الطعن رقم ٢٠ لسنة ١٩٩٧ في ٨ من مارس/آذار سنة ١٩٩٧ فيشأن تماسك الطـاعن في صحيفة دعواه بعدم دستورية قانون معين قبل أن يتمسك أي من المدعي عليهم بتطبيق أحكـام هذا القانون "... وهو ما تمثل فيه سلوك الطاعن طريق الإدعاء الأصلي المباشر بعدم الدسـتورية "وإن ألبسه – خلافاً للحقيقة – ثوب الدفع الفرعي" خلافاً لطريق الدفع الذي يتجسد فـي أن الفـرد ينتظر طلب تطبيق قانون معين عليه في منازعة موضوعية وعندئذ يلزم الدفع بعدم دستورية هـذا القانون ، متخذاً بذلك سبيل الدفاع وليس الهجوم" وبناء على ذلك قضت المحكمة بعدم قبول الطعن (منشور في مجلة معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية / معهد الكويت للدراسات القضـائية والقانونية ، العدد الثاني / يوليه/تموز سنة ١٩٩٧ ص ص١٨٢ :١٨٣) .

(٥٣١) تطبيقاً لذلك ، استعملت المحكمة رخصة التصدي عندما عرض عليها طعن بعدم دستورية نـص المادة ١/١٠٤ من قانون مجلس الدولة المتعلقة بإجازة الطعن فـي القـرارات الإداريـة النهائيـة المتعلقة بأي شأن من شئون أعضاء مجلس الدولة فيما عدا النقل والندب متى كان مبنـي الطلـب

نص في قانون أو لائحة يعرض عليها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها بالنزاع المطروح وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية (مادة ٢٧) [٥٣٢].

ونؤكد في هذا المقام مصلحة الطاعن ضرورية لقبول طعنه[٥٣٣] ، واستمرار

عيباً في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو خطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة أمام إحدى دوائر المحكمة الإدارية العليا . فرأت المحكمة أن هذا النص مماثل لحكم الفقرة الأولى من المادة ١/٨٣ من قانون السلطة القضائية الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ والمعدل بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٣ والذي يجعل للدوائر المدنية والتجارية لمحكمة النقض دون غيرها الاختصاص بالفصل في الطلبات التي يقدمها رجال القضاء والنيابة العامة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من شئونهم وذلك فيما عدا النقل والندب متى كان مبني الطلب عيباً في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو خطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة ، وكانت حجة المحكمة في التصدي اتصال المادة الأخيرة بالنزاع المطروح . وانتهت المحكمة إلى أن النص على عدم جواز تحصين القرارات الإدارية من رقابة القضاء ورد عاماً لا يجوز تخصيصه باستبعاد ما تعلق منها بتنظيم سير القضاء متى كان مبني طلب إلغائهما هو عيب في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو خطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة : المحكمة الدستورية العليا قضية رقم ١٠ س ١ ق جلسة ١٦ من مايو/أيار سنة ١٩٨٢ ، المجموعة السابقة ، جـ٣ ، رقم ١٠ ص ٥٠ وما بعدها ، وانظر في عدم جواز التحصين من رقابة القضاء : قضية رقم ٧ س ٢ ق دستورية عليا جلسة ٥ من فبراير/شباط سنة ١٩٨٣ ، المجموعة السابقة ، جـ٢ ، رقم ١٤ ص ٨٦ وما بعدها ، قضية رقم ١٦ س ١ ق دستورية عليا جلسة ٣٠ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٣ ، المجموعة السابقة ، جـ٢ رقم ١٥ ص ٩٤ وما بعدها، وقضية = = رقم٥ س ٢ ق دستورية عليا جلسة ٣٠ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٣ ، المجموعة السابقة ، جـ٢ رقم ١٦ ص ١٠٢ وما بعدها، وقضية رقم ٧ س ٤ ق جلسة ٣ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٣ ، المجموعة السابقة جـ ٢ ، رقم ٢٦ ص ١٨٠ وما بعدها ، وقضية رقم ٤٠ س ٥ ق جلسة ٥ يناير/كانون الثاني سنة ١٩٨٥ ، المجموعة السابقة ، جـ٣ ، رقم ١٧ ص ١٠٢ وما بعدها ، وقضية رقم ٦٧ س ٦ ق جلسة ١٦ من فبراير/شباط سنة ١٩٨٥ ، المجموعة السابقة ، جـ٣ ، رقم ١٢٣ ص ١٤٥ .

(٥٣٢) ولا مجال لمباشرة رخصة التصدي إذا لم يكن النص الذي يرد عليه التصدي متصلاً بنزاع مطروح عليها : المحكمة الدستورية العليا ، قضية رقم ٣١ س ١ ق جلسة ١١ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨٣ المجموعة السابقة، جـ٢ ، رقم ١٩ ص ١٢٣ وما بعدها وطلب تفسير قدم للمحكمة في ١١ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨٣ ، المجموعة السابقة ، جـ٢ رقم ٥ ص ٢٢٣ وما بعدها وقضية رقم ١٨ س ٦ ق في ٢١ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٥ المجموعة السابقة ، جـ٣ رقم ٣٦ ص ٢٦٠ .

(٥٣٣) ".. مناط المصلحة الشخصية والمباشرة في الدعوى الدستورية ــ وهي شرط لقبولها ــ أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية وذلك بأن يكون الفصل في المسألة الدستورية لازماً للفصل في الطلبات المرتبطة بها المطروحة أمام محكمة الموضوع : المحكمة الدستورية العليا في ٤ يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٢ الجريدة الرسمية، العدد٤ في ٢٣ يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٢ ص ٢٦١ و٤ من مايو/أيار سنة ١٩٩٦ (قضية رقم ١٧ س ١٧ ق "دستورية" ، الجريدة الرسمية ، العدد ١٩ في ١٦ من مايو/أيار سنة ١٩٩٦ ص ٨٩١ ويشترط وجود هذه المصلحة أيضاً عند التدخل الانضمامي لدى المتدخل : المحكمة الدستورية العليا ، قضية

المحكمة في نظره[٥٣٤] لذا لم يجز المشرع الدعوى الأصلية طريقا للطعن بعدم الدستورية حتى لا يهدر شرط المصلحة الشخصية المباشرة باعتبارها مناط قبول الخصومة الدستورية ومفترض اتصالها بالمحكمة الدستورية العليا [٥٣٥] ولا يؤثر في وجودها إلغاء النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته ما دام طالب الطعن ممن طبق عليهم خلال فترة نفاذه وترتب بمقتضاه آثار قانونية بالنسبة له [٥٣٦] .

رقم ٤٧ س ٣ ق جلسة ١١ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨٣ المجموعة السابقة ، جـ٢ ، رقم ٢٠ ص ١٢٧ وما بعدها (سابق الإشارة إليه) .وانظر أيضا جلسة ١٥ من مايو/أيار سنة ١٩٩٣ (الجريدة الرسمية ، ع ٢٢ (تابع) في ٥ من يونيه/حزيران سنة ١٩٩٣ ص ٢٣) حيث رفضت المحكمة الطعن بعدم الدستورية استنادا إلى أن إبطال النص التشريعي لن يحقق للمدعي أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية ، عما كان عليه عند رفعها.

(٥٣٤) المحكمة الدستورية العليا، ٦ من فبراير/شباط سنة ١٩٩٣ المحاماة، س٧٣ عدد ديسمبر/كانون الأول جـ ص٢٣ رقم ٥ . وانظر في انطباق المادتين ١٤١ و ١٤٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية على الدعوى الدستورية فيما يتعلق بجواز إثبات ترك الخصومة فيها : المحكمة الدستورية العليا في ١٨ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٧ ، قضية رقم ٨ س١٠ الاقتصاد الإسلامي دستورية ، الجريدة الرسمية ، العدد ٥١ ، ١٨ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٧ ص ٣٠٧٩.

(٥٣٥) قضية رقم ٢٦ لسنة ١٥ قضائية دستورية عليا، جلسة ٢ ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٥، الجريدة الرسمية، العدد ٥١ في ٢١ ديسمبر/كانون الأول ١٩٩٥ ص ٢٨٥٨. وقد أكدت المحكمة= =هذا المعنى في حكم أصدرته في القضية رقم ٤٠ ١٧ ق "دستورية" ، ٤ من مايو/أيار سنة ١٩٩٦ (الجريدة الرسمية ، العدد ١٩ في ١٦ من مايو/أيار سنة ١٩٩٦ ص ٩٠٠ وما بعدها) حيث قضت بأن الطعن عن طريق الدعوى الأصلية بعدم الدستورية لأن الدعوى الأصلية تتمحض عن مصلحة نظرية مجردة لا يظاهرها قانون المحكمة الدستورية العليا والأوضاع المقررة أمامها، وتنقضها الصلة الحتمية بين الدعويين الموضوعية والدستورية . وأضافت المحكمة أن " .. شرط المصلحة الشخصية المباشرة ـ وباعتباره واقعاً في إطار التنظيم التشريعي للخصومة الدستورية بما لا ينال من الحق فيها ـ لا يخل بمبدأ خضوع الدولة للقانون ولا يعلوه عليها ، ولا بالتضامن الاجتماعي ، ولا بقيام الأسرة على أساس من الخلق والدين والوطنية ، ولا بمبدأ تكافؤ المواطنين في فرصهم وتساويهم أمام القانون ، ولا بالحق في التقاضي ، ولا برعاية الأخلاق وحمايتها، ولا باستقلال السلطة القضائية وتنظيم أفرعها وتحديد اختصاصاتها، ورفضت بذلك المحكمة الطعن بعدم دستورية المادة ٢٩ من قانونها وأوجزت ردها على الطاعن بناء على ذلك بقولها أن " منعاه هذا يكون فاقداً لسنده " .

(٥٣٦) قضية رقم ١١٤ س ٥ قضائية دستورية عليا جلسة ٦ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٥ المجموعة السابقة، جـ٣ رقم ٢٧ ص١٧٦ وقضية رقم ١١٤ س٥ ق دستورية عليا في ٢١ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٥ المجموعة السابقة ، جـ٣ رقم ٣٨ ص ٢٦٨ . فإذا كان القرار بقانون المطعون بعدم دستوريته لم يطبق على المدعي ولم تترتب بمقتضاه أية آثار قانونية بالنسبة له تنتفي مصلحته في الطعن بعدم دستوريته ويتعين الحكم بعدم قبول دعواه : المحكمة الدستورية العليا قضية رقم ٩ س١ ق جلسة ٦من فبراير/شباط سنة ١٩٨٢ المجموعة السابقة، جـ٢ رقم ٢ ص١١ وما بعدها . وتنتفي المصلحة كذلك بشأن الطعن بعدم دستورية المطالبة بالفوائد القانونية إذا تنازل المدعيان عنها : المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم ١٥ س ٧ ق في

وقد حكمت المحكمة الدستورية العليا في هذا المعنى [٥٣٧] بأن "قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن مفهوم المصلحة الشخصية المباشرة — وهي شرط قبول الدعوى الدستورية — إنما يتحدد باتباع شرطين" :

أولهما : أن يقيم المدعي — وفي حدود الصفة التي اختصم بها النص التشريعي المطعون فيه — الدليل على أن ضررا واقعيا — اقتصاديا أو غيره — قد لحق به ، ويتعين أن يكون هذا الضرر مباشرا ، ومستقلا بعناصره ، ممكنا إدراكه ومواجهته بالترضية القضائية ، وليس ضررا متوهما أو نظريا أو مجهلا ، بما مؤداه أن الرقابة الدستورية يتعين أن تكون موطئا لمواجهة أضرار واقعية بغية ردها وتصفية آثارها القانونية ، ولا يتصور أن تقوم المصلحة الشخصية المباشرة إلا مرتبطة بدفعها[٥٣٨].

ثانيهما : أن يكون مرد الأصل في هذا الضرر إلى النص التشريعي المطعون

---

٢١ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٥ المجموعة السابقة ، جـ٣ رقم ٤٠ ص٢٨٧ قضية رقم ٩٧ س ٦ ق في١ من فبراير/شباط سنة ١٩٨٦ ، المجموعة السابقة ، جـ٣ رقم ٤٤ ص ٣٠٦ وقضية رقم ١١ س ٤ ق (تنازع) في ٣ من مايو/أيار سنة ١٩٨٦ ، المجموعة السابقة ، جـ٣ رقم١٣ ص٤٤٤ .

(٥٣٧) على هذا الأساس ، انتهت المحكمة إلى أنه إذا لم يكن هذا النص قد طبق على المدعي أصلا ، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه ، أو كان قد أفاد من مزاياه ، أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه، فإن المصلحة الشخصية المباشرة تكون منتفية ، ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه الصور جميعها لن يحقق للمدعي أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية ، عما كان عليه عند رفعها (جلسة ١٥ من مايو/أيار سنة ١٩٩٣ الجريدة الرسمية، العدد ٢٢ (تابع) في ٥ من يونيه/حزيران سنة ١٩٩٣ ص ص٢٣ : ٢٧، و ٤ من مايو/أيار سنة ١٩٩٦ قضية رقم٢٢ س ١٦ ق "دستورية"، الجريدة الرسمية، العدد١٩ في ١٦ من مايو/أيار سنة ١٩٩٦ ص ٨٦٤).

(٥٣٨) تطبيقاً لذلك قضي بانتفاء المصلحة إذا تنازل المدعي عن طلباته المرتبطة بنص المادة محل الطعن : المحكمة الدستورية العليا ٢١ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٥ ، المجموعة السابقة، جـ ٣، رقم ٤٠ ص٢٨٧، وأول فبراير/شباط سنة ١٩٨٦ ، المجموعة السابقة ، جـ ٣ رقم ٤٤ ص ٣٠٦ . ويلاحظ البعض عدم جواز الأخذ بهذه النتيجة إذا كانت الدعوى الدستورية قد اتصلت بها المحكمة بطريق الإحالة وليس الدفع حيث لا يجب أن يعتد بالتنازل على سند من القول بأن المخاصمة تكون عند الإحالة للنص المطعون في ذاته وخصمه فيها هو الهيئة القضائية التي أحالت الأمر من تلقاء نفسها إلى المحكمة الدستورية العليا (جلال إبراهيم ، رقم ١٠٤ ص ١٨٦) . كذلك حكمت المحكمة بأن التنازل بإقرار موثق بالشهر العقاري عن الدعوى يعد تركاً للخصومة وتخلياً من المدعي عن كافة إجراءاتها متى وقع ممن يملكه وقبل المدعي عليه : ٣ من مايو/أيار سنة ١٩٩٧ ، الجريدة الرسمية ، العدد ٢٠ في ١٥ من مايو/أيار سنة ١٩٩٧ ص ١١٢٧ و ١٨ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٧ قضية رقم ٨ س ١٠ق دستورية ، الجريدة الرسمية ، العدد ٥١ في ١٨ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٧ ص ٣٠٧٩ (سابق الإشارة إليه).

عليه .

(د) أثر الحكم : تعد أحكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن فيها (مادة٤٨) [٥٣٩] وملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة [٥٤٠] سواء انتهت المحكمة فيها إلى دستورية النص التشريعي المطعون فيه أو عدم دستوريته . باعتبار قولها "قولاً فصلاً لا يقبل تأويلاً ولا تعقيباً من أي جهة كانت [٥٤١] بما فيها المحكمة الدستورية العليا نفسها[٥٤٢] . فهي بذلك تتمتع "بحجية مطلقة تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو السعي إلى نقضه من خلال إعادة طرحه من جديد

---

(٥٣٩) انظر في ذلك : المحكمة الدستورية العليا قضية رقم ١٨ س ٦ ق في ٢١ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٥ ، المجموعة السابقة ، جـ٣ ، رقم ٣٦ ص ٢٦٠. ومحكمة النقض (مدني) من ٣ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٦ الطعن رقم ١٩٤٥ س ٥٢ ق غير منشور ومشار إليه في مجلة القضاة س،٢١ ع،١ يناير/كانون الثاني- يونيه/حزيران سنة١٩٨٨ ص ١٤٤ .

(٥٤٠) "... الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية ـ وهي بطبيعتها دعاوى عينية توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون عليها بعيب دستوري ـ تكون لها حجية مطلقة بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوى التي صدرت فيها وإنما ينصرف الأثر إلى الكافة وتلتزم بها جميع هيئات القضاء ، سواء كانت هذه الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي= = المطعون فيه أم إلى دستوريته ورفض الدعوى على هذا الأساس : المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم ٣٩ س ٢ ق جلسة ٦ من فبراير/شباط سنة ٩٨٢١، المجموعة السابقة ، جـ٢ رقم ٣ ص ١٨ وما بعدها (في هذا الحكم انتهت المحكمة إلى عدم قبول الدعوى لسابقة الحكم بعدم دستورية النص المطعون بعدم دستوريته) والقضية رقم ٤٩ س ٣ ق دستورية عليا في ٥ منفبراير/شباط سنة ١٩٨٣ ، المجموعة السابقة جـ٣ رقم ٢٤ ص ١٧٢ وما بعدها ، والقضية رقم ٤٤ س ٥ ق دستورية عليا جلسة ١ من ديسمبر/كانون الأول ،١٩٨٤ جـ٣ رقم ١٥ ص٩٠ وما بعدها والقضية رقم ٣٦ س٢ ق دستورية عليا جلسة ١٦ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٨٥ ، جـ٣ رقم ٣٤ ص ٢٥٠ والقضية رقم ٦٣١ ق في ٤ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٨٦ ، المجموعة السابقة ، جـ٣ رقم ٤٢ ص ٢٩٦ (والأحكام الأخرى المشار إليها في هامش هذه الصفحة)، و٤ من مايو/أيار سنة ١٩٩٦ قضية رقم ٢٣ س ١٧ ق "دستورية" ، الجريدة الرسمية ، العدد ١٩ في ١٦ من مايو/أيار سنة ١٩٩٦ ص ٨٩٦ حيث أكدت المحكمة بما لا يقبل الشك ما يلي : "... حيث أن قضاء هذه المحكمة فيما فصل فيه ... إنما يحوز حجية مطلقة في مواجهة الكافة ، وبالنسبة إلى الدولة بكامل سلطاتها وعلى امتداد تنظيماتها المختلفة ، وهي حجية تعتبر بذاتها قولاً فصلاً لا يقبل تعقيباً .."

(٥٤١) المحكمة الدستورية العليا في ٦ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٩٩ ، قضية رقم ٨١ لسنة ٢٠ق دستورية (الجريدة الرسمية ، العدد ٤٦ في ١٨ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٨٩ ص ٢٨٦١).

(٥٤٢) " وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد لمراجعته" : المحكمة الدستورية العليا في ٥ من أغسطس/آب سنة ٢٠٠٠ ، القضية رقم ٩٦ لسنة ٢٠ق دستورية (الجريدة الرسمية، العدد ٣٣ في ١٧ من أغسطس/آب سنة ٢٠٠٠ ص ٢٥٧٤).

لمراجعته" [٥٤٣] . تطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا باعتبار حكمها بعدم الدستورية وحده واجب النفاذ ولو تعارض مع حكم بات ، واعتبرت المحكمة الدستورية العليا هذا الحكم البات أنه "... لا يعدو – وإن كان حكماً قضائياً باتاً – أن يكون عقبة مادية هي والعدم سواء" ، وقضت بالمضي في تنفيذ حكمها . [٥٤٤]

فإذا رفع الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا على النحو السابق ، فلا يجوز لمحكمة الموضوع أن تفصل في الدعوى الموضوعية إلاَّ في الحالات الآتية : [٥٤٥]

(١) إذا تنازل مبدي الدفع عن دفعه بعدم الدستورية .

(٢) إذا اعتبر الدفع بعدم الدستورية كأن لم يكن لعدم رفع الدعوى الدستورية .

(٣) إذا أعملت محكمة الموضوع آثار حكم للمحكمة الدستورية العليا فصل في أمر دستورية النص المطعون عليه .

"وفيما عدا الحالات المتقدمة على محكمة الموضوع أن تلتزم قضاءها بتقدير جديد الدفع فلا تنحيه فإن خالفت ذلك وقضت في الدعوى المطروحة عليها دون أن تتوافر أي من الحالات السابق ذكرها فإن قضاءها هذا لا يكون له ثمة

---

(٥٤٣) المحكمة الدستورية العليا في ٧ من يوليه/تموز سنة ٢٠٠١، القضية رقم ١٨٨ لسنة ٢١ قضائية، الجريدة الرسمية ، العدد ٢٩ في ١٩ من يوليه/تموز سنة ٢٠٠١ ص ١٢٥٣ .

(٥٤٤) المحكمة الدستورية العليا في ٤ من أغسطس/آب سنة ٢٠٠١، قضية رقم ٣ لسنة ٢١ ق منازعة تنفيذ ، الجريدة الرسمية ، العدد ٣٣ في ١٦ من أغسطس/آب سنة ٢٠٠١ ص١٥٠٤ ويتعلق هذا الحكم للمحكمة الإدارية العليا كان قد صدر ضد شخص ثم طعن الأخير بدعوى أصلية بالبطلان على هذا الحكم وأثناء سير الدعوى أثار مسألة عدم دستورية نص بعينه واجب التطبيق فأوقفت المحكمة الدعوى وأحالت المسألة للمحكمة الدستورية العليا وبصدور حكمها بعدم الدستورية امتنعت المحكمة الإدارية العليا عن تنفيذه باعتبار أنه لا ينسحب على المدعية بعد أن استقر مركزها القانوني بالحكم المطلوب إبطاله . وقد رفضت المحكمة الدستورية العليا هذا الموقف مؤكدة "أن= = الترضية القضائية المتمثلة في الحكم بعدم الدستورية في اعتبارها الفائدة العملية الناجمة عن الدعوى الدستورية ، يتعين أن يجنيها كل شأن من أطرافها ضماناً لفعالية حق التقاضي ، بما لا يستقيم معه أن تنقض المحكمة المحيلة غزلها بيدها أو أن تحرم المدعية – من دون الناس كافة – من قطف ثمرة استعمالها حقها الدستوري في اللجوء للقضاء وإلا استحال هذا الحق لغواً ، ولغدت الإحالة من محكمة الموضوع إلى هذه المحكمة عبثاً . وانتهت المحكمة إلى أنه بات متعيناً بعد صدور قضائها القضاء بالمضي في تنفيذ الحكم الصادر من هذه المحكمة .. وترتيب أثاره كاملة بلا أمْت ولا عوج.

(٥٤٥) المحكمة الدستورية العليا في ١٣ من يناير سنة ٢٠٠٢ القضية رقم ١٥٥ لسنة ٢٠ قضائية دستورية ، الجريدة الرسمية ، العدد ٤ تابع في ٢٤ من يناير/كانون الثاني سنة ٢٠٠٢ ص ٣ .

(٢١٨) انظر الهامش السابق .

أثر قانوني مع ولايتها في أن تعيد الفصل في تلك الدعوى على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا في المسألة المطعون في دستوريتها". [546]

وجدير بالذكر أن التنازل عن الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الموضوع مؤداه سقوط هذا الدفع ، وإهدار كافة الآثار القانونية المترتبة عليه مما يستوجب الحكم بعدم قبول الدعوى" [547] .

فإذا صدر الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة فلا يجوز تطبيق هذا النص[548] اعتباراً من اليوم التالي لنشر الحكم[549] ، وتلتزم

---

(٥٤٧) (المحكمة الدستورية العليا في ١٣ من يناير سنة ٢٠٠٢، القضية رقم ٢١٦ لسنة ٢٠ قضائية "دستورية" ، الجريدة الرسمية ، العدد ٤ "تابع" في ٢٤ من يناير سنة ٢٠٠٢ ص ١٤) .

(٥٤٨) تنشر الأحكام والقرارات المشار إليها .. في الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها (مادة ٢/٤٩) .

(٥٤٩) صدر القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ بتعديل الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا – والذي بدأ نفاذه في ١٣ من يوليه/تموز سنة ١٩٩٨ – على النحو الآتي : "يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخا أخر ، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر ، وذلك دون الإخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص " (الجريدة الرسمية ، العدد ٢٨ مكرر في ١١ من يوليه/تموز سنة ١٩٩٨ ص٢) واستدراك بشطب كلمة "أسبق" التالية لـ "تاريخاً أخر" (الجريدة الرسمية العدد ٢٨ مكرر ب في ١٢ من يوليه/تموز سنة ١٩٩٨) وكان الحال قبل هذا التعديل الذي يرتب على نص قانوني أثار قانونية رغم ثبوت عدم دستوريته بل ويشل سلطان المحكمة الدستورية العليا في رد أثر الحكم إلى تاريخ صدور النص المطعون فيه في المسائل الضريبية حتى يحل الدولة من رد ما تتقاضاه من أموال بغير حق استناداً إلى نص غير دستوري ، هو انكشاف العوار الدستوري والتزام الدولة بعدم تطبيقه في الحال وإلغاء ما ترتب من أثار على تطبيقه في الماضي ، وكان "مؤدي ذلك ... هو عدم تطبيق النص (المحكوم بعد دستوريته) ليس في المستقبل فحسب وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص ، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة تقادمه (المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا سابق الإشارة إليها) . وانظر تطبيقاً تطبيقًا حكم المحكمة الدستورية العليا (القضية رقم ٤٨ س ٣ ق) جلسة ١١ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨٣ ، المجموعة السابقة ، جـ٢ رقم ٢١ ص ١٤٨ وما بعدها . وانظر تطبيقاً حديثاً لنفس المحكمة أكدت فيه على أن الأثر الرجعي لنص غير جنائي يقتضي ألا تكون الحقوق والمراكز التي ترتبط بها قد استقر أمرها بناء على حكم قضائي توافر فيه شرطان أولهما : أن يكون باتاً وذلك باستنفاذه طرق الطعن جميعها ، ثانيهما : أن يكون صادراً قبل قضاء المحكمة الدستورية العليا ، ومحمولاً على النصوص القانونية عينها التي قضي ببطلانها : ٣٠ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٩٦ ، الجريدة الرسمية ، العدد ٤٩ في ١٢ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٦ ، ص ٢٨٠٩ . كانت المحكمة تؤكد أن النطق ببطلان النصوص القانونية لا يتجزأ ، ويستحيل أن ينقلب العدم وجوداً ، ولا أن يكون مداه متفاوتاً أو متدرجاً ، فالساقط لا يعود أبداً ، ورتبت على

المحكمة الدستورية العليا بعدم قبول أي دعوة لاحقة توجه لنفس النص [550] أما إذا تعلق الحكم صادراً بعدم الدستورية وتعلق بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن[551] ، ولو كانت الأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة أحكامها باتة[552] ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام

ذلك أن النص الباطل منعدم ابتداءً لا انتهاءً ، فلا يكون قابلاً للتطبيق أصلاً منذ أن نشأ معيباً ، وانتهت إلى لزوم الحكم بعدم قبول أي دعوى أخرى ترفع إليها بعد نشر حكم سابق بعدم دستورية نفس النص الطعين "إذ لا يتصور أن يرد حكمان بعدم الدستورية على محل واحد" .

(٢٢٢) حكم المحكمة الدستورية العليا ٧ من يوليه/تموز سنة ٢٠٠٢ ، قضية رقم ٨ لسنة ٢٢ قضائية دستورية ، الجريدة الرسمية ، العدد ٢٩ تابع ب في ١٨ من يوليه/تموز سنة ٢٠٠٢ ص ٣٣. كذلك الحال إذا كان النص قد ألغي بأثر رجعي حيث ثمة آثار قانونية قائمة يمكن أن تكون نصوص هذا القرار قد رتبتها خلال فترة نفاذه بعد أن يتم إلغاؤه بأثر رجعي ، لتغدو مصلحة المدعين بذلك الطعن عليه (قضية رقم ٣٢ لسنة ٢٠٠٠ قضائية دستورية ، الجريدة الرسمية ، العدد ١٧ تابع في ٢٧ من أبريل/نيسان سنة ٢٠٠٢ ص ٨) .

مع ذلك فإن ما يؤرقنا هو إلغاء التزام الدولة برد أية ضرائب حصلتها بناء على قانون بعدم دستوريته حيث لا يجوز للدولة أن تتحصن وراء السلطة التشريعية التي يسيطر عليها حزب الأغلبية فتفرض قوانين جائرة وهي أمنة من رجوع الأفراد عليها لاستردادها إذا قضي بعدم الدستورية (مع الأخذ في الاعتبار أن المستفيد الوحيد هو رافع الدعوى بعدم الدستورية إن هو = ربح دعواه حيث يتم الرد له وحده) . ونضرب المثل بقانون جائر وهو القانون رقم ١١ لسنة ٢٠٠٢ ، (الجريدة الرسمية ، العدد ١٦ مكرر في ٢١ من أبريل/نيسان سنة ٢٠٠٢ ص ٣) . بتفسير ما ورد في القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ في شأن ضريبة المبيعات حيث سمحت الدولة لنفسها باستصدار قانون تفسيري يوسع من المقصود بما أورده القانون على سبيل الحصر من خدمات خاضعة للضريبة على المبيعات . فإذا قضت بعدم دستورية هذا القانون – حسبما نتوقع – فمن يرتضي إعفاء الدولة من رد ما تقاضته بدون وجه حق ؟ مع الوضع في الاعتبار أن الحكومة خلعت على القانون مسمي القانون التفسيري لتجعل له أثر كاشف يرتد من تاريخ صدور القانون حتى يتسنى لها زيادة حصيلة الدولة من ضريبة المبيعات !

(٥٥١) نقض مدني في ٢٧ من مارس/آذار سنة ١٩٨٠ مجموعة المكتب الفني، س٣١ رقم ١٨٤ ص٩٣٧ و١٨ من مارس/آذار سنة ١٩٨١ ، مجموعة المكتب الفني، س٣٢ رقم ١٥٨ص٨٦١ و ٢٨ من مارس/آذار سنة ١٩٩١ ، مجموعة المكتب الفني ، س٤٢ رقم ٧٩ ص ٥٣٩ . وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على أن ذلك يعني سقوط أحكام الإدانة الصادرة استناداً إلى النص المحكوم بعدم دستوريته بكل أثارها ، ولو صار الطعن فيها ممتنعاً ، لتفارقها قوة الأمر المقضي التي قارنتها "وهي بعد رجعية لا قيد فيها ولا عاصم منها ، بل يكون أثرها جارفاً لكل عائق على خلافها ولو كان حكماً باتاً " : المحكمة الدستورية العليا ، ٣٠ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٩٦ ، الجريدة الرسمية ، العدد ٤٩ في ١٢ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٦ ص ٢٨٠٩ (سابق الإشارة إليه).

(٥٥٢) نقض جنائي الطعن رقم ٢٩٩٢ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٢ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٩ ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، العدد الرابع / السنة الرابعة والأربعون ، أكتوبر/تشرين الأول – ديسمبر/كانون الأول سنة ٢٠٠٠ ص ص١٣٤: ١٣٥ .

بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه [٥٥٣] (مادة ٤٩) [٥٥٤] .

وفي شأن أثر القضاء ببطلان تكوين مجلس الشعب لإجراء انتخابات أعضائه بناء على نص تشريعي ثبت عدم دستوريته ، حكمت محكمة النقض بأن ذلك لا يؤدي إلى وقوع انهيار دستوري ولا يستتبع إسقاط ما أقره المجلس من قوانين وقرارات وما أتخذه من إجراءات خلال الفترة السابقة وحتى تاريخ نشر الحكم بعدم دستورية قانون تشكيله في الجريدة الرسمية ، بل تظل تلك القوانين والقرارات والإجراءات قائمة على أصلها من الصحة ومن ثم تبقي صحيحة ونافذة ما لم يتقرر إلغاؤها أو تعديلها من الجهة المختصة دستورياً أو يقضي بعدم دستورية نصوصها بحكم من المحكمة الدستورية العليا [٥٥٥] . ونؤكد أن التعديل الأخير بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ لقانون المحكمة الدستورية العليا قد كرس قاعدة الأثر المباشر لحكم المحكمة الدستورية العليا كقاعدة عامة ما لم تقرر المحكمة غير ذلك

---

(٥٥٣) حكم بأن إعمال أثر الحكم بعدم الدستورية تختص به محكمة الموضوع لتنزل حكم هذه المادة على الوقائع المطروحة عليها وما قد يثار بشأنها من دفوع ولا تمتد إليه ولاية المحكمة الدستورية العليا مما يتعين معه الحكم بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى : المحكمة الدستورية العليا القضية رقم ١٦ س ٣ ق جلسة ٥ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨٢ المجموعة السابقة، جـ٢ رقم ١١ ص٦٣ وما بعدها والقضية رقم ٤٨ س ٣ ق جلسة ١١ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨٣ المشار إليها في الهامش السابق رقم ١٨٧) انظر في التأكيد على عدم نفاذ النصوص التشريعية المحكوم بعدم دستوريتها من تاريخ نشر الحكم بالجريدة الرسمية: نقض مدني في ١٨ من مارس/آذار سنة ١٩٨١ مجموعة المكتب الفني، س ٣٢ رقم ١٥٨ ص ٨٦١ وفي ٢٣ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٨٥ مجموعة المكتب الفني، س٣٦ رقم ١٩٤ ص٩٣٩.

(٥٥٤) حكم بأن عدم دستورية قانون لا ينشئ واقعاً جديداً وإنما يقرر واقعاً موجوداً، وأن القانون المقضي بعدم دستوريته يعد غير دستوري منذ صدوره وليس من اليوم التالي لنشر الحكم بعدم الدستورية وأنه إذا كانت المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا تنص على إنه إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن فإن ذلك ليس استثناء قاصراً على النصوص الجنائية وإنما هو تقرير لمبدأ أن الأحكام كاشفة لا منشئة : المحكمة الإدارية العليا ، ٤ من مارس /آذار سنة ١٩٨٤ ، مجموعة = = المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ، س ٢٩ رقم ١٢٦ ص ٧٩١ وانظر في نفس المعنى حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٩ من مايو/أيار سنة ١٩٩٠ والجريدة الرسمية ، ع ٢٢ مكرر في ٣ من يونيه/حزيران سنة ١٩٩٠ ص أو ما بعدها ويتعلق هذا الحكم بعدم دستورية المادة الخامسة مكرراً من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ فيما تضمنته من النص على أن يكون لكل دائرة عضو واحد يتم انتخابه عن طريق الانتخاب الفردي ويكون انتخاب باقي الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية .

(٥٥٥) نقض مدني ، ١٠ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٩١ ، مجموعة المكتب الفني ، س٤٢ ، رقم ١٦٥ ص ١٢٠٤ .

على سبيل الاستثناء ، وجعل دائماً لأي حكم يصدر بعدم دستورية نص ضــريبي أثراً مباشراً وحرم على المحكمة الخروج عن هذه القاعدة ، دون أن يحرم المدعي في كل الأحوال من الاستفادة بالحكم الصادر بعدم دستورية النص المطعون فيــه . مفاد ذلك التمييز بين قاعدة عامة واستثناء على النحو التالي :

القاعدة العامة : أي نص قانوني : الحكم بعدم الدستورية له أثر مباشــر فــلا يستفاد منه إلا اعتباراً من اليوم التالي لتاريخ نشره في الجريدة الرسمية ما لم تحدد المحكمة تاريخاً أخر .

الاستثناء : النص الضريبي : الحكم بعدم دستوريته له أثر مباشر فلا يســتفاد منه إلا اعتباراً من اليوم التالي لتاريخ نشره في الجريدة الرسمية . [٥٥٦]

---

(٥٥٦) وتنطبق هذه القاعدة ما دام الحكم المنشور بعدم الدستورية "قد أدرك الدعوى أثناء نظــر الطعــن أمام محكمة النقض وهو أمر متعلق بالنظام العام تعمله محكمة النقض من تلقــاء نفســها": نقــض الدائرة المدنيــة والتجارية – طعن رقم ٣٨١٦ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٤ من ديســمبر/كــانون الأول سنة ٢٠٠٠ ، مجلة هيئــة قضايــا الدولة ، العدد الثاني س٤٥ ، أبريل/نيســان ســـنة ٢٠٠٠ ، ص ١٧٦.

وفي كل الأحوال يستفيد المدعي – بأثر رجعي من الحكم الصادر بعدم الدستورية [٥٥٧] ، يستوي في ذلك أن يكون الحكم صادراً بعدم دستورية نص ضريبي أو غير ضريبي .

---

(٥٥٧) يثور التساؤل حول مدى إخلال هذا النص بقاعدة المساواة بين المواطنين المقننة دستورياً حيث كفل الدستور المساواة القانونية (De Jure) بين من تماثلت مراكزهم القانونية . انظر تطبيقاً قضائياً لمبدأ المساواة في الدستور الحالي (المحكمة الدستورية العليا ، ١٤ من يونيه/حزيران سنة ١٩٩٧ ، قضية رقم ١٨ س ١٨ق دستورية ، الجريدة الرسمية، العدد ٢٦ في ٢٦ من يونيه/حزيران سنة ١٩٩٧ ص ١٥٤٣)، مع ذلك قد يقال أن المساواة كانت تقتضي أن يطعن كل المواطنين في النص القانوني لتتساوي مراكزهم ؟ ونؤكد أن المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية تحتفظ لنفسها في كل الأحوال بالحق في تقدير الأثر الرجعي أو الأثر الفوري لحكمها ، في حين ذهب المشرع المصري أبعد من ذلك حيث حرم المحكمة من ذلك فيما يتعلق بالنص الضريبي على الرغم من أن القضاء في مصر يسوي بين النص الضريبي والنص العقابي في المعاملة فيحظر رجعيتهما ، مع ذلك فقد يقال إن الغرض هو تجنيب الخزانة العامة رد ما تكون قد حصلته من أموال في حالة الحكم بعدم الدستورية (ثارت كل هذه الأفكار في حوار علمي مع الأستاذ الدكتور محمد بدران أستاذ القانون العام بكلية الحقوق – جامعة القاهرة في ٢٧ من يوليه/تموز سنة ١٩٩٨) . وجدير بالذكر أن المذكرة الإيضاحية لهذا القرار بقانون قد أكدت على أمرين أولهما أن المادة ١٧٨ من الدستور نصت صراحة على أن القانون ينظم ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار ، وأن التعديل قصد به علاج مشكلة الإطلاق في تطبيق قاعدة الأثر الرجعي بما ينطوي على إخلال بمراكز قانونية امتد زمن استقرارها وتفادي تحميل الدولة بأعباء مالية تنوء بها خزانتها بما يضعفها في مجال تحقيق مهامها التنموية والنهوض بالخدمات والمرافق العامة التي تمس مصالح المواطنين في مجموعهم ، وتحقيق الموازنة بين متطلبات الشرعية الدستورية واعتبارات استقرار المراكز القانونية في المجتمع والحفاظ على أمنه اجتماعياً واقتصادياً ، وقد أوردت المذكرة الإيضاحية مبررات التعجيل بإصدار قرار بقانون وهي : غيبة مجلس الشعب حتى نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٩٨ وعقد المحكمة الدستورية العليا جلساتها خلال أشهر الصيف وهو ما يخشي معه صدور أحكام جديدة واجبة التنفيذ بأثر رجعي ، وأبرزت أن الجمعية العامة للمحكمة الدستورية العليا والمجلس الأعلى للهيئات القضائية قد أخذ رأيها في هذا التعديل المقترح فوافقا عليه بالإجماع (الجريدة الرسمية ، العدد ٢٨ مكرر ب في ١٢ من يوليه/تموز سنة ١٩٩٨ ص ص٣: ٥) . وقد صدر في ٧ من يوليو/تموز سنة ٢٠٠٢ حكمًا مهمًا من المحكمة الدستورية العليا (القضية رقم ٧٦ لسنة ٢٢ قضائية "دستورية" ، الجريدة الرسمية ، العدد ٢٩ تابع ب في ١٨ من يوليو/تموز سنة ٢٠٠٢ ص ٣٨) أكدت فيه على دستورية التعديل (حكم سابق الإشارة إليه) باعتبار أن تقدير الضرورة لا يخضع لمعيار ثابت ، وأن مبدأ المساواة ، ليس منافيًا للضرورة العملية حيث "يجوز للدولة أن تتخذ بنفسها ما تراه ملائمًا ، وأن من تدابير لتنظيم موضوع محدد أو توقيًا لخطة تقدر ضرورة رده ، كان دفعها للضرر الأكبر بالضرر الأقل لازمًا .. لما كان ذلك وكان نص .. المادة .. جاء قاطعًا في أن الحكم بعدم دستورية أي نص ضريبي يرتب أثرًا مباشرًا فقط إلا أن النص المذكور قرن ذلك بعم الإخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بهذا الشأن ، بما مؤداه إطلاق صفة المدعي لتشمل كل من اتصلت دعواه مستوفية أوضاعها القانونية بالمحكمة الدستورية العليا وقت صدور الحكم بعدم دستورية ذلك النص ، وهو الإطلاق الي يعصم النص من عدم الدستورية ، وبذلك يكوم المشرع قد مارس حقه في المغايرة بين مراكز اختلفت أسس قيامها ، واتخذ ما يراه كفيلاً بدرء أخطار تهدد مقومات =

ونؤكد أن ارتباط نصوص القانون بعضها ببعض ارتباطاً لا يقبل الفصـــل أو التجزئة يؤدي إلى القول بأن الحكم بعدم دستورية أحد نصوصه وإبطال أثره يلحق باقي نصوص القانون المطعون فيه ، فتسقط معها (٥٥٨) .

الخلاصة إننا نستطيع أن نردد، مع البعض(٥٥٩)، فـــي نهايـــة هـــذه الدراســـة الموجزة لتطور قضاء الرقابة على دستورية القوانين أن نظام الرقابة كان وسيظل وسيلة احتياطية أو رمزية تعالج الحالات الشاذة التي لم تفلح فـــي علاجهـــا روح الحرية واحترام القانون لدى الحكام والمحكومين .

الفرع الرابع

تقنين التشريع

ندرس في هذا المقام ماهية التقنيـــن Codification ثم لتطـــوره وانتـــــشاره ، فـــإذا انتهينا من ذلك كان لزاماً علينا أن نقدر التقنين في ذاته بذكر مزاياه وعيوبه وموقفنا منه .

= المجتمع وأسسها الموضوعية ، فإن ذلك يشكل ضمانة توافرالحماية القانونية التي كفلها الدستور للمواطنين جميعًا . وينبني على ما تقدم ، أن ما اتخذ المشرع من تعديل للفقـــــرة الثالثـــــة مـــن الـــمادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا كان سبيلاً للحفاظ على مصالح الجماعة ومن ثم تنتفي عنه قالة مخالفة الدستور" .

كذلك فإن "مفهوم العدل لايمكن أن يبقي مطلقًا ثابتًا ، ولكنه يتصف بالمرونة والتغير وفقا لمعـــايير الواقع الاجتماعي ، وةهو بؤلك لا يعدو أن يكون نهجًا منبسطًا على أشكال الحياة ، وازعًا بالقســط الأعباء التي يفرضها المشرع على المواطنين ، كما أن مبدأ تكافؤ الفرص الـــذي تكفلـــه الدولـــة للمواطنين كافة وفقا لنص المادة (٨) من الدستور يتصل في مضمونه – على ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة – بالفرص التي تتعهد الدولة بتقديمها ، فلا يثور إعماله إلا عنـــد التـــزاحم عليهـــا ، وغاية الحماية الدستورية لتلك الفرص هي تقرتر أولوية في مجال الانتفاع تتحـــدد وفقـــا لأســـس موضوعية يقتضيها الصالح العام ، بما مؤداه أن إعمال هذا المبدأ في نطاق تطبيق القرار بقـــانون المطعون فيه يكوم منتفيًا ، إذ لا صلة له بفرص يجري التزاحم عليها" .

(٥٥٨) المحكمة الدستورية العليا قضية رقم ٤٧ س ٣ ق جلسة ١١ من يونيه/حزيـــران ســـنة ١٩٨٣ ، المجموعة السابقة ، جـــ٢ رقم ٢٠ ص ١٢٧ وما بعدها (سابق الإشارة إليه) ، والقضية رقم ٣ س ٢ ق جلسة ٢٥ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨٣ المجموعة السابقة ، جـــ٢ رقم ٢٢ ص ١٥٥ ومـــا بعدها (سابق الإشارة إليه) ومشار في هامش ص ١٥٥ الأخيرة إلى خمسة أحكام أخرى صدرت في نفس المعنى عن المحكمة من نفسها ، وانظر أيضاً قضـــية رقـــم ١ س ١ ق جلســـة ٢ مـــن مارس/آذار سنة ١٩٨٥ ، المجموعة السابقة جـــ٣ رقم ٢٦ ص ١٦٢ (سابق الإشارة إليه) .

(٥٥٩) أبو المجد ص ٦٢٣ .

١ ــ **ماهية التقنين** : يعد التقنين مجموعة من القواعد المنظمة لفرع معـين من فروع القانون. وتقصد الدولة [٥٦٠] من عمل هذه المجموعة لمَ شتات النصوص المتعلقة بأحد فروع القانون بصورة مسلسلة ومبوبة [٥٦١] ، فهـو يضـم كـل أو جُــل قواعد التشريع المنظم لفرع معين من فروع القانون[٥٦٢] .

٢– **تطور عملية التقنين** [٥٦٣] **وانتشارها** : عرف التقنين منذ وقت بعيد ، ففي عهد الخليفة أبي بكر الصديق بدأ تدوين القرآن الكريم وفي القرن الثالث الهجـري بدأ تدوين السنة وتجميعهما [٥٦٤] .

كما أن الرومان سبقوا إلى هذا أيضاً بتدوينهم قانون الألواح الإثنى عشر فـي عهد جُستنيان في القرن السادس الميلادي .

ومن الرومان انتقل التدوين والتجميع إلى الفرنسيين فأمر شارل التاسع بتدوين وتجميع العادات الفرنسية في منتصف القرن الخامس عشر . وفـي عهـد لـويس الرابع عشر والخامس عشر صدرت عدة قوانين في شكل أوامر ملكية فصدر قانون تحقيق الجنايات (الإجراءات الجنائية) سنة ١٦٧٠م والتجارة سنة ١٦٧٣م والهبات سنة ١٧٣١م . وبحلول عهد نابليون انتشرت عمليات التقنين في مجموعات عرفت باسمه وهي مجموعات المرافعات(١٨٠٦م) والتجارة البريـة والبحريـة(١٨٠٧م) والإجراءات الجنائية(١٨٠٩م) والعقوبات(١٨١٠م) [٥٦٥].

وامتدت عدوى التقنين إلى إنجلترا فصدر سنة ١٩٠٨م قانون تداول البضـائع وتبعه (٦٩ قانوناً) في فروع القانون الأخرى ، ثم إلى البرازيـل فصـدر التقنـين

---

(٥٦٠) وعلى هذا الأساس فإن التجميع الذي يقوم به فرد أو هيئة لا يعد تقنيناً ، لذا فإن مرشد الحيـران إلى معرفة أحوال الإنسان الذي وضعه محمد قدري باشا سنة ١٣٣٨ هجرية (سابق الإشارة إليـه) كأنموذج لتشريع إسلامي متكامل في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان ليس تقنيناً .

(٥٦١) انظر على سبيل المثال : تناغو رقم ١١٠ ص٣٦٤، وعرفة ص ١٦٤، ويحيى ص ٩٩ : ١٠٠ وسلامة رقم ٦٤ ص ١٣٥ .

(٥٦٢) جمعة ص ١٨ .

(٥٦٣) يقترح المجمع اللغوي المصري تسميته بالمدونة (منصور رقم ٦٢ ص ١١٩ هامش رقم ١) .

(٥٦٤) بدير ص ص١٥٨ : ١٥٩ .

(٥٦٥) انظر تقنينات أخرى : القاضي ص ١٣٢ .

المدني بها سنة ١٦١٩م والاتحاد السوفيتي سنة ١٩٢٣م والصين سنة ١٩٢٩م[٥٦٦].

وأمام هذا المد الهائل كان التساؤل مطروحاً حول موقف مصر من عمليات التقنين ؟ ولم يبق هذا التساؤل معلقاً بدون إجابة فقد استجاب المشرع المصري لهذا الاتجاه السائد [٥٦٧]، فكلف نوبار باشا سنة ١٨٧٢م أحد المحامين الفرنسيين المقيمين في الإسكندرية ويدعي مونوري Manoury) [٥٦٨] بإعداد ستة تقنيات في فروع القانون المختلفة ولم تكن هذه التقنينات إلا ترجمات حرفية للتقنينات الفرنسية لا تخلو من الإيجاز [٥٦٩] والغموض والخلط ومطعمة ببعض أحكام الشريعة[٥٧٠]، في المرافعات، والمدني، والتجاري، والبحري، والعقوبات والإجراءات الجنائية .

وكانت هذه التقنينات تطبق بمعرفة المحاكم المختلطة التي أنشئت سنة ١٨٧٥ لتحكم المنازعات التي يكون أحد أطرافها أجنبياً أو فيها مصلحة لأجنبي .

وفي سنة ١٨٨٣م أنشئت المحاكم الأهلية لتختص بكل ما يخرج عن ولاية المحاكم المختلطة وصدرت ستة تقنينات تكاد تتطابق مع التقنينات المختلطة لتطبقها هذه المحاكم . ووضعها محام إيطالي عين قاضياً في محكمة الإسكندرية المختلطة سنة ١٨٧٥م يدعي Moriondo وشاركه محمد قدري باشا [٥٧١] في صياغة القانون المدني الوطني الذي نقل نقلاً يكاد يكون حرفياً من التقنين المدني المختلط . وإن تركت مسائل الأحوال الشخصية للمحاكم الشرعية والمجالس الملية[٥٧٢] .

---

(٥٦٦) السنهوري أبو ستيت رقم ١٥٠ ص ١٩٦ : ١٩٧ ورقم ١٥٣ ص ١٩٨ .

(٥٦٧) انظر تقنينات أخرى : القاضي ص١٣٢ .

(٥٦٨) السنهوري، الوسيط: المجلد الأول (العقد) ، سابق الإشارة إليه ، رقم ١ ص ١٤ ، لم تطبق في مصر مجلة الأحكام العدلية التي وضعها العثمانيون لتطبق على ولاياتهم نظراً للاستقلال التشريعي التي كانت تتمتع به مصر : منصور رقم ٦٥ ص ١٢٣ : ١٢٤ ويحيى ص ١٠٣ .

(٥٦٩) وكان يعمل سكرتيراً لنوبار باشا وسكرتيراً للجان الدولية التي انعقدت في مصر لتحضير لائحة المحاكم المختلطة : السنهوري وأبو ستيت رقم ١٥٠ ص ص١٩٦ : ١٩٧ .

(٥٧٠) خضر رقم ١١٩ ص ١٤١ . وانظر في نقد هذا التقنين المدني ونعته بالقصور والغموض : مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني ، تقرير لجنة التعديل ، جـ١ ص ٢٧ وما بعدها .

(٥٧١) السنهوري، الوسيط: المجلد الأول (العقد) ، سابق الإشارة إليه ، رقم ١ ص ١٤ . ويشير سيادته إلى أن التقنين المدني الوطني وضع في ٢٨ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٨٨٣ ، أما التقنينات الخمسة الأخرى فقد صدرت في ١٣ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٨٨٣ ، وقد وضعت بداية باللغة الفرنسية ثم ترجمت إلى اللغة العربية وقام بالترجمة يوسف وهبه باشا وراجعت الترجمة لجنة شكلت لهذا الغرض .

(٥٧٢) مثل أحكام البيع في مرض الموت والشفعة وغيرها .

وبتوقيع معاهدة مونترو Montreux سنة ١٩٣٧م وانتهاء الامتيازات الأجنبيـــة في مصر وتوحيد جهات القضاء بالنسبة للمصريين والأجانب ظهرت الحاجة إلـــى تقنينات جديدة أكثر تطوراً من التقنينات المختلطة والأهلية المترجمة بشـــكل شـــبه حرفي من نظيرتها الفرنسية فصدرت تقنينات متعددة منها التقنـــين المـــدني ســـنة ١٩٤٨ والمرافعات المدنية والتجارية سنة ١٩٤٩م (حل محله قانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م) ، والإجراءات الجنائية سنة ١٩٥٠م . ومازالت هذه التقنينات معمولاً بها حتى الآن[٥٧٣].

٣- **تقدير التقنين** : تعرض هنا لدراسة مزايا التقنين وعيوبه وموقفنا منه بعد أن أصبح حقيقة جحدها البعض في البداية وقبلها الجميع في النهاية :

أ ــ **مزايا التقنين** : دعا عدد كبير من الفقهاء إلى التقنين مؤكدين على مزاياه الآتية[٥٧٤]

(١) سهولة البحث عن الأحكام القانونية : فيتيح تجميع التشريعات التي تحكـــم المسألة التي يبحث فيها في مجلد واحد .

(٢) توحيد القانون وتنقيتها من التعارض : يترتب على التقنين توحيد التشريع في الدولة الواحدة ، فيتمكن المشرع المقنن من تنقيتها من التعارض لا ســـيما وأن مصادر القانون ليست القانون بالمعنى الضيق فحسب بل العرف والدين أيضاً . كما أن التفسيرات الفقهية والقضائية المتنوعة يستعرضها المقنن ويتخير منهـــا أنســـبها ويضُمنها تقنينه فيطبقها باقي القضاة مما يؤدي إلى وحدة الحل القانوني فـــي كـــل أجزاء الدولة .

(٣) إدخال ميسور للقوانين الأجنبية : يعد التقنين وسيلة مثلي لتطبيق تشـــريع أجنبي بحذافيره في بلد معين ، فالمعروف أن التشريع الذي ينشأ في بيئـــة معينـــة

---

(٥٧٣) ألغيت المحاكم الشرعية والمجالس الملية في أول يناير/كانون الثاني سنة ١٩٥٦م .

(٥٧٤) جدير بالذكر أن هناك مشروعات جديدة لهذه التقنينات اجتمعت لجانها وانفضت عدة مرات أنجزت التقنين المدني والتجاري ، كما أن هناك لجاناً أخرى شكلت لمراجعة القوانين الحاليـــة للعقوبـــات والإجراءات الجنائية والمرافعات المدنية والتجارية وقد قاربت على إنجـــاز عملهـــا . ونؤكـــد أن التقنينات الجديدة التي أنجزت لتكون مطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية والتي تعد محصـــلة لجهـــد فقهاء عظام في الشريعة والقانون لا توجد أية نية حالية لإصدارها .

يستغرق وقتاً حتى يستقر ثم يسنه المشرع فلا يصطدم بشعور الناس لأنه نشأ منهم وبهم فإذا أراد المشرع فرض تشريع معين على بلد آخر فإن خير وسائل تحقيق ذلك هو التقنين بوصفه وسيلة سريعة وعملية. وهذا هو ما حدث في مصر عندما نقلنا القوانين الفرنسية وفي تركيا التي نقلت القانون السويسري وفي كثير من البلاد العربية التي طبقت التقنينات المصرية .

(٤) ضبط صياغة القواعد القانونية : يتحقق بالتقنين ضبط صياغة التشريعات، فعلاوة على ما قلناه من إزالة التعارض بينها يتسنى للمشرع أن يوحد المصطلحات والمفاهيم المستخدمة في التشريعات التي تحكم نفس المسألة ، فمثلاً إذا صدر قانون منظم للمرور يستعمل كلمة "مركبة " للدلالة على كل وسيلة من وسائل النقل في البر والبحر والجو فإن صدور تشريع آخر مستخدماً لفظ "سيارة" يكون غير مرغوب فيه[٥٧٥] ، وعندما يقوم المشرع بتجميع هذه التشريعات يوحد المصطلحات والمفاهيم التي قد تؤدي إلى الخلط ولو كانت لا تتعارض في يقين المشرع مع بعضها.

ب- **عيوب التقنين** : قدم أشد خصوم التقنين العلامة الألماني سافيني Savigny قائمة طويلة بعيوب التقنينات مهاجماً بذلك الفقيه الألماني تيبو Thibaut الذي كان من أشد المؤيدين للتقنين ، ويمكن أن نوجز هذه العيوب في عيبين أساسيين وهما :

(١) إعاقة تطور القانون : فالتقنين هو تجميع للتشريعات وفيه إضفاء لنوع من التقديس لها مما يجعل النفس تهاب تعديله أو المساس به لضخامة ما بذل به من جهد في عمله وتبويبه.

(٢) تشجيع الجمود : يترتب على التقنين وتقديسه إغفال كون القانون كائن متطور مرتبط بتطور الجماعة واحتياجاتها . فيشل المفسر عن الاجتهاد ويحرمه من الحق في الابتكار ويلزمه باحترام النص ولو خالف في ذلك المنطق وروح القانون وبيئته التي يطبق فيها .

جـ ـ **الرأي المختار** : ليس من شك في أن التقنين يتمتع بكل ما قيل في شأنه

(٥٧٥) علاوة على مزاياه المتمثلة في كونه صورة من صور التشريع : يحيى ص ١٠٠ .

من مزايا، أما العيوب فهي تتضاءل أمام هذه المزايا إن لم تختف كلية . وبيان ذلك أن التقنين لا يحظى بتقديس وتوقير إلا في المرحلة التالية مباشرة لإنجازه أما بعد ذلك فإن عيوبه تبتديء في الظهور ويبتدئ مع ذلك الانتقاص من مكانته ويتهيأ الجو العام لتعديله[٥٧٦] كما وأن القاضي ليس مطالباً بعبادة النصوص بل هو مطالب بإيجاد حل مقبول لكل ما يعرض عليه من منازعات ووسيلته في ذلك هي الاجتهاد في تفسير النص الذي يطبقه [٥٧٧].

الفرع الخامس

إلغاء التشريع (Abrogation de la loi)

ندرس هنا نهاية التشريع بالإلغاء فنوضح ماهية الإلغاء ، والسلطة التي تقوم به وصوره الحقيقية المتمثلة في الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني ، أما صوره غير الحقيقية فهي الإلغاء بالانعكاس والإلغاء بعدم الاستعمال . وحتى يتضح المقصود من ذلك كله نفرد المجال للشرح والتفصيل .

أولا : ماهية الإلغاء : إلغاء التشريع أو نسخه[٥٧٨] هو رفع قوته الملزمة بصورة نهائية[٥٧٩] أو هو تجريد لتشريع قائم منها بوقف العمل به[٥٨٠] بالنسبة

---

(٥٧٦) هذا هو للأسف ما حدث عندما تدخل المشرع بإضافة مادة ٣٢٣ مكرر أولاً (قانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٠) إلى قانون العقوبات لمعاقبة كل من استولى بغير حق وبدون نية التملك على سيارة مملوكة لغيره رغم أن السائد في لغة التشريع هو استعمال مصطلح "مركبة" للدلالة على كل ما أعد للسير على الطرق العامة من آلات ومن أدوات النقل والجر (المادة الثالثة من قانون المرور الذي كان مطبقًا في هذا الحين رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٣ ، الجريدة الرسمية ، ٢٣ من أغسطس/آب سنة ١٩٧٣ ، العدد ٣٢).

(٥٧٧) مرقس رقم ٦٦ ص ١٦٢ ، وفي نفس المعنى على سبيل المثال : سلامة رقم ٦٦ ص ١٤٠ ، ومنصور رقم ٦٤ ص ١٢٣، ويحيى ص ١٠٢ ، والإهواني رقم ١٦٧ ص ١٣٥ وبدير ص ١٥.

(٥٧٨) والإلغاء والنسخ مترادفان وإن كان البعض يرى أن الإلغاء يكون صريحاً أما النسخ فيكون ضمنياً (صفوت ص ١٦١).

(٥٧٩) منصور رقم ١٣٠ ص ٢٢٩ ، والقاضي ص ١٩٠، ويحيى ص ١٥١ ، وجمعه ص ١٧٥ ، وسلامة رقم ١١٩ ص ٢٦٩، ومرسي ومصطفى رقم ٨٥٤ ص ٢٥٨ والشرقاوي رقم ٧٢ ص ١٩٩.

للمستقبل أي دون مساس بما يتم قبل ذلك[٥٨١] .

ويلزم تدخل المشرع بالإلغـــاء [٥٨٢]إذا أراد تجريـــد أي تشـــريع، أيـــا كـــان نوعه[٥٨٣]، من قوته الملزمة [٥٨٤] كلية [٥٨٥] .

ثانياً : سلطة الإلغاء : الأصل أن الجهة التي تسن التشريع هي التـــي تملـــك الإلغاء وفقاً لقواعد التدرج التشـــريعي (est condere legems ejus est abrogare Cujus) مع احترام سلطة واضعي التشريع مرتبة ودرجة . ومفاد ذلك أن الدستور يلغيه دستور وأن القانون يلغيه دستور أو قانون ، وأن اللائحة يلغيهـــا دســـتور أو قانون أو لائحة [٥٨٦]. فهذا التدرج الهرمي هو الذي يجعل الكلمة العليـــا للتشـــريع الأعلى[٥٨٧] ويحرم على واضعي التشريع الأدنى درجة أن يتجاوزوا حدودهم بإلغاء

---

(٥٨٠) فرج رقم ١٨٦ ص ٢٩٧ ، وفي نفس المعنى: حجازي رقم ٤٥٥ ص ٥٨٠، والأسيوطي مبـــادئ القانون ، رقم ١٧٣ ص ٢٥٢ .

(٥٨١) انظر مثلا حجازي رقم ٤٧٨ ص ٦٠١ وعكس ذلك : عرفة ص ١٧٨ حيث يشير سيادته إلى أن إلغاء التشريع هو إبطال العمل به بإنهاء ما له من قوة ملزمة . والواقع أن الإبطال غيـــر الإلغـــاء فإبطال التشريع يعني زوال وجود التشريع منذ البداية أي اعتباره كأن لم يكن (الشرقاوي رقـــم ٧٢ ص ١٩٩، وسلامة رقم ١١٩ ص ٢٦٩ ، والإهواني رقم ١٩٠ ص ١٥٢، وجلال إبـــراهيم رقـــم ١١٠ ص ص١٩٧: ١٩٨) مع ذلك يختلط الإبطال – وهو نادر – بالإلغاء إذا نص في التشـــريع الباطل على أن يقتصر على المستقبل ولتوضيح المعنى يضرب الفقه (سلامة رقم ١٢٣ ص ٢٨٠ وعبد الباقي رقم ٢٢٢ ص ٣٥٩) مثلا للتشريع الباطل بالتشريع الذي يصدر في غيبة البرلمان ولا يعرض على المجلس النيابي في أول دور انعقاد له (ويلاحظ أن المادة ١٤٧ / ٢ مـــن الدســـتور الحالي تنص على أنه إذا عرض هذا التشريع ولم يقره المجلس زال بأثر رجعي ما كان له من قوة القانون ما لم ير المجلس اعتماد نفاذه في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب من آثارها بوجه أخر). كما يضرب مثالاً أخر (تناغو رقم ١٢٢ ص ص ١٢ : ٤١٣) بتشريعات السلطة الفعلية التي تنشأ عقب انقلاب أو ثورة أو حرب ثم تفشل هذه السلطة في الاستمرار في الحكم أو في إقامـــة نظـــام دستوري جديد (انظر في نفس المعنى عبد الباقي رقم ٢٢٢ ص ٣٥٩).

(٥٨٢) فلا يلغى التشريع بزوال دواعيه لأن الذي قدر هذه الدواعي هو المشرع نفسه : القاضي ص ١٩.

(٥٨٣) يستوي في ذلك أن تكون القاعدة دستورية أو قانونية أو عرفية (كيره رقم ١٨٠ ص ٣٣).

(٥٨٤) ونؤكد أن القاعدة المكملة قاعدة ملزمة لكن يختلف شرط لإعمالها وهو عدم وجود اتفاق مخالف ، فإذا وجد هذا الاتفاق امتنع تطبيقها على الأطراف دون غيرهم (انظـــر دراســـتنا الســـابقة لهـــذا الموضوع ص ٧٠) ثم تعود للانطباق على هذه الأطراف مرة أخرى إذا خلا تعاقدهم الجديد مـــن شرط استبعادها (السنهوري وأبو ستيت ص ٢٥٧).

(٥٨٥) لم يعرض المشرع إلا لإلغاء القواعد التشريعية وهذا لا يعني أن الإلغاء يقتصر علـــى القواعـــد التشريعية فإلغاء القواعد غير التشريعية أمر يستلزمه اختلاف المصادر الرسمية من حيث قـــدرتها على إعطاء القواعد قوتها الملزمة : منصور رقم ١٣٣ ص ٢٣٢ .

(٥٨٦) شريطة أن تصدر من الجهة المختصة بإصدارها بطبيعة الحال .

(٥٨٧) تطبيقاً لذلك حكم بتطبيق نص القانون عند التعارض بينه وبين نص وارد في لائحـــة أو قـــرار :

تشريع أعلى . ومفاد ذلك أن اللائحة لا تلغي قانوناً والعرف لا يلغي قانوناً والقانون لا يلغي دستوراً [٥٨٨] وإن كان العكس صحيح كما سبق القول .

خلاصة القول أن القاعدة التشريعية لا تُلغي أو تُنسخ إلا بقاعدة من نفس درجتها وقوتها أو من درجة أو قوة أعلى [٥٨٩].

ثالثاً : صور الإلغاء : نصت المادة الثانية من التقنين المدني الحالي على[٥٩٠]أنه لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع، [٥٩١]. ومفاد ذلك وجوب التمييز

طعن مدني رقم ١٤٦٨ س ٥٧ ق في ١٩ نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٧٨) مجلة القضاة ، العدد السابق الإشارة إليه ، ص ٥٢. حكمت محكمة النقض (الدائرة المدنية) في ١٥ من فبراير/شباط= = سنة ١٩٧٩ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٠ رقم ١٠٣ ص ٥٣٩ بأن نص المادة ١٩١ من الدستور سنة ١٩٧١ "كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحاً ونافذاً ، مع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في هذا الدستور" لا ينصرف إلى التشريع الذي اعتبر ملغياً أو معدلاً بقوة نفاذ الدستور ذاته (نقض مدني في ١٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٩ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٠ رقم ١٠٣ ص ٥٣٩).

(٥٨٨) انظر تطبيقاً قضائياً لمحكمة النقض في شأن الإلغاء الضمني للمادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية فيما تضمنته من إجازة تفتيش مأمور الضبط القضائي لمنزل المتهم في حالة التلبس بالمخالفة للمادة ٤٤ من الدستور التي تنص صراحة على حرمة المسكن وحظر دخوله أو تفتيشه إلا بأمر قضائي مسبب وفقاً للقانون باعتبار أن النص الأخير قابل للإعمال بذاته دون الحاجة إلى تربص صدور أو سن تشريع أدني ، من يوم العمل به : نقض جنائي ٢٠ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٨٥ ، مجموعة المكتب الفني ، س٣٦ ، رقم ١٨٨ ص ١٠٢٧ وقد نوهت المحكمة بأن نص المادة ١٩١ من الدستور الذي يتضمن قاعدة مفادها بقاء كل ما قررت القوانين واللوائح من أحكام مثل صدور هذا الدستور صحيحاً ونافذاً ... لا ينصرف حكمها بداهة إلى التشريع الذي لم يعتبر ملغياً أو منعدماً بقوة نفاذ الدستور ذاته.

(٥٨٩) مع ملاحظة أن القرار بقانون وهو تشريع صادر من السلطة التنفيذية يمكنه إلغاء قانون أخر صادر من السلطة التشريعية : تناغو رقم ١٢٣ ص ص ٢١٥ : ٤١٤ .

(٥٩٠) يقابل هذه المادة الثانية من مشروع التقنين المدني الجديد المعد طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، وعبارة المادة مطابقة لعبارة النص الحالي بوجه عام فيما عدا التعديلين الآتيين : أولهما : "استبدال لا يلغي" "لا يجوز" إلغاء لأن القانون يخاطب القاضي لا المشرع ، ولا محل لتوجيه النهي إلى القاضي فهو لا يقوم بإلغاء التشريع وثانيهما : هو استبدال عبارة "نظم قواعده" بعبارة "قرر قواعده" لأن الواضح أن التشريع الملغي كان ينظم الموضوع تنظيماً كاملاً ولم يقتصر على تقرير قواعده : انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع الجديد ص ٢ والتي ورد فيها أن هذا النص المقترح يتفق مع قواعد النسخ المقررة في علم أصول الفقه .

(٥٩١) كانت المادة ٤ من المشروع التمهيدي لهذا النص تتحدث عن إلغاء القانون وليس التشريع (مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ١ ص ١٩٣) ثم تولت لجنة المراجعة إدخال هذا التعديل اللفظي المحمود (نفس المجموعة جـ ١ ص ١٩٧) وسند ذلك واضح هو أن هذه المادة تضم إلى

بين صورتين حقيقيتين لإلغاء التشريع وهما الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني ، ومفاد ذلك أن نتساءل إذا كان المشرع المصري يعرف الإلغاء بالانعكاس أو بعدم الاستعمال وهما صورتان غير حقيقيتين للإلغاء ؟ وهذا كله يحتاج إلى بيان فنبحث الصور الحقيقية للإلغاء وهي الإلغاء الصريح والضمني ثم الصور غير الحقيقية للإلغاء وهي الإلغاء بالانعكاس وبعدم الاستعمال .

١- **الصور الحقيقية للإلغاء : صورتان** : نفرق هنا كما سبق القول بين الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني[٥٩٢] وذلك على النحو الآتي :

الصورة الأولى : الإلغاء الصريح (Abrogation expresse) : حالتان : تعد هذه الصورة الأصلية للإلغاء، [٥٩٣] ويقصد بها تدخل المشرع بصورة صريحة بإلغاء نص تشريعي موجود ونافذ[٥٩٤] . وهذا التدخل يتخذ أحد شكلين وهما الإلغاء المجرد والإلغاء المصحوب بإصدار تشريع جديد :

الأول : الإلغاء المجرد : يقصد بذلك تدخل المشرع بإلغاء كل أو بعض تشريع قائم دون أن يصدر تشريعاً جديداً يحل محله .

وبأخذ حكم الإلغاء المجرد الحالة التي يصدر فيها التشريع لمواجهة حالة مؤقتة فينتهي بنهايتها، فيجمع الفقهاء على أن إلغاء التشريع مرهون بزوال الحالة المؤقتة التي اقتضته أو وقوع الأمر المعين دون حاجة إلى صدور تشريع بالإلغاء[٥٩٥] (قاعدة

جوار القوانين التشريعات كلها آيا كانت درجتها أو مرتبتها كما سبق القول عند تعريف التشريع ص ٨٥ وما بعدها.

(٥٩٢) انظر تطبيقات حديثة في هذا الشأن : نقض مدني طعن رقم ٤٤٤٢ س ٥٦ الاقتصاد الإسلامي في ١٠ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٦ وطعن رقم ٤٧١٦ س ٥٦ الاقتصاد الإسلامي في ٤ من فبراير/شباط سنة ١٩٨٧ مشار إليهما في مجلة القضاة العدد السابق الإشارة إليه ص ٣٦.

(٥٩٣) استخدمت في مذكرة المشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي عبارة نسخ التشريع كمرادف لعبارة إلغاء التشريع (مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ١ ص ١٩٦).

(٥٩٤) الغالب أن يكون الإلغاء الصريح خاصًا بالقواعد غير التشريعية صراحة ويتحقق هذا إذا نص في تشريع ما على إلغاء كل القواعد القانونية المخالفة للقواعد الواردة به : منصور رقم ١٣٤ ص ص٢٣٢: ٢٣٣. (٢٢٤) قد يعين القانون الجديد ما يلغيه من قواعد على سبيل التخصيص وقد ينص على إلغاء كل قاعدة مخالفة لحكمه وقد يجمع بين الطريقتين: سلامة رقم ١٢١ ص ٢٧٣.

(٥٩٥) سلامة رقم ١٢١ ص ٢٧٤ ، والشرقاوي رقم ٧٢ ص ٢٠٢ وعمران ص ١٣٨ وينوه البعض بوجوب أن يظل إلغاء التشريع بهذه الطريقة أمرًا استثنائيًا لا يحدث إلا حين يتبين من وقائع الحال أن القانون غير صالح للتطبيق : حجازي رقم ٤٧٢ ص ٥٩٤.

: cessante ratione legis cessat et ipsa lex) انتهاء التشريع بزوال سبب وجوده.

ونضرب الأمثلة الآتية حتى يتضح المعنى المقصود :

المثال الأول : تشريع انتهي بانتهاء مدته وهو التشريع الذي يتضمن تسعيراً جبرياً لبعض السلع أو فرض ضريبة على الأرباح الاستثنائية أثناء الحرب العالمية الثانية[٥٩٦] أو الأمر العسكري بإنهاء حالة الطوارئ أو التشريع الصادر في وقت الحرب الذي ينص فيه على أن يعمل به مدة قيام الحرب فقط.

المثال الثاني : تشريع انتهي بوقوع أمر معين ، ويكون ذلك عندما ينص في التشريع على أن ينتهي العمل به عند إزالة آثار العدوان[٥٩٧] أو عند صدور قانون معين مثل اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الجامعات[٥٩٨] .

المثال الثالث : تشريع انتهي بتغيير الظروف : مثاله نظام "الغاروقة" وهو نوع من الرهن الحيازي (مادة ٥٥٣ من التقنين المدني القديم) لا يجوز إلا في الأراضي الخراجية ، وفي سنة ١٨٩٦م ألغي نظام الأراضي الخراجية وأصبحت كل الأراضي المصرية أرض ملك فبطلت المادة السابقة وأصبحت قواعد الرهن الحيازي هي التي تطبق عليها[٥٩٩] .

---

(٥٩٦) الشرقاوي رقم ٧٢ ص ٢٠٢.

(٥٩٧) حكمت محكمة النقض (الدائرة المدنية) في ٢٨ من فبراير/شباط سنة ١٩٨٥ (طعن رقم ٩٣٢ س ٤٨ الاقتصاد الإسلامي) بأن إزالة آثار العدوان كإنهاء حالة الطوارئ بتشريع صريح ولا يترك للمحاكم تقديرها فتقول إحداها ببقائها وأخري بزوالها وما يترتب على ذلك من نتائج بالغة الخطورة ، وكان ذلك بمناسبة إعمال القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٦٩ المعدل بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٠ بإيقاف إجراءات التنفيذ أو الإجراءات المترتبة على التنازل عن عقود الإيجار والتأجير من الباطن للمهاجرين من محافظات بور سعيد والإسماعيلية والسويس وسيناء حتى إزالة أثار العدوان : انظر في ذلك مرقس رقم ٩٤ ص ٢٢٧ هامش رقم ١٢٠ مكرر .

(٥٩٨) تنص المادة ٢١٢ من القرار بقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ بشأن تنظيم الجامعات الصادر في أول أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٧٢ على استمرار العمل بأحكام اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٨ واللوائح الداخلية الحالية وكذلك على استمرار العمل بأحكام القرارات التعليمية الأخرى فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون إلى أن تصدر اللائحة التنفيذية لهذا القانون وعلى أن يتم تعديل اللوائح الداخلية للكليات والمعاهد التابعة للجامعة ، وقد تحقق ذلك بصدور اللائحة التنفيذية لهذا القرار بقانون بقرار جمهوري رقم ٨٠٩ لسنة ١٩٧٥ في ١٧ من أغسطس/آب سنة ١٩٧٥.

(٥٩٩) السنهوري وأبو ستيت رقم ١٨٨ ص ٢٥٧ ، ويمكن أن يعد إلغاءً ضمنيًا وليس مجردًا: مرقس رقم ٩٤ ص ٢٣٤.

المثال الرابع : تشريع انتهى بزوال المركز القانوني الذي ينظمه : مثال ذلك سقوط النصوص التشريعية التي تنظم وراثة العرش ومخصصات العائلة المالكة وجريمة العيب في الذات الملكية بعد سقوط الملكية في مصر وإعلان الجمهورية سنة ١٩٥٣م [٦٠٠] .

ونشير في هذا الصدد إلى أمرين وهما :

الأول : أن إلغاء التشريع واستبدال غيره به لا يؤثر على اللوائح المنفذة للتشريع القديم ، فتظل هذه اللوائح باقية طالما لم تتعارض مع القانون الجديد ما لم يرد نص صريح بإلغائها[٦٠١] .

الثاني : أن النص القانوني الخاص لا يلغي إلا بنص قانوني مثله . مع ذلك فلا محل للأخذ بهذه القاعدة إذا نص في تشريع عام لاحق على إلغاء الأحكام القانونية السابقة على صدوره وتعرض للحالة الخاصة التي كان يحكمها النص القانوني الخاص ثم أردف بعبارة مفادها انطباقه في جميع الأحوال[٦٠٢].

الثاني : الإلغاء المصحوب بإصدار تشريع جديد : الغالب أن يصدر المشرع تشريعاً جديد أو يلغي التشريع السابق عليه حتى يكون للتشريع الجديد الكلمة العليا في حكم النزاعات المتعلقة به[٦٠٣] .

ونضرب لذلك الأمثلة الآتية :

---

(٦٠٠) الشرقاوي رقم ٢٧ ص ٢٠٢ وسلامة رقم ١٢١ ص ٢٧٨.

(٦٠١)قضت محكمة النقض بأن صدور قانون بلدية الإسكندرية رقم ٩٨ لسنة ١٩٥٠ المعدل بالقانون رقم ٢٤٩ لسنة ١٩٥٦ الذي ألغي الأمر العالي الصادر في سنة ١٨٩٠ لا يستتبع إلغاء لوائح الإدارة العامة السابق صدورها في ظل الأمر العالي الملغي: نقض مدني ، ٢ من يونيه/حزيران سنة ١٩٧٠، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٤ رقم ١٢٠ ص ٦٨٢.

(٦٠٢) نقض مدني ، ٧ من يونيه/حزيران سنة ١٩٧٨ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٩ ص ١٤٢٨ وفي حكم حديث للمحكمة الإدارية العليا (طعن رقم ٣٠٤٩ س ٣٢ الاقتصاد الإسلامي في ٢٠ من فبراير/شباط سنة ١٩٩٠) مشار إليه لدى د. محمد كمال منير ، مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية ، سابق الإشارة إليه (هامش رقم ٢٩ ص ٢٠) أكدت المحكمة أن مفاد اعتبار القانون قانونًا من الناحية الشكلية دون الموضوعية عدم جواز مخالفة هذا العمل الإداري (قانون بمنح التزام لمرافق عامة) أحكام القانون وإن كانت السلطة التي تصدرهما واحدة، إذ من القواعد المقررة في القانون العام أن السلطة التي تضع قاعدة عامة لا تملك مخالفتها بأعمال فردية، وإن كانت تملك تعديلها بقاعدة عامة أخرى (انظر سابقا رقم ٣٨ ص ٢٦).

(٦٠٣) ويكون الأولى هنا أن يسمى تعديلاً : حجازي رقم ٤٦٥ ص ٥٨٦.

المثال الأول : القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري الذي نص فيه على إلغاء القانونين ٨١ و ١٩ لسنة ١٩٢٣ الخاصين بنظام التسجيل .

المثال الثاني : القانون المدني الحالي رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ الذي نص في المادة الأولى لإصداره على أن يلغي القانون المدني المعمول به أمام المحاكم الوطنية والصادر في ٢٨ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٨٨٣ والقانون المدني المعمول به أمام المحاكم المختلطة والصادر في ٢٨ من يونيه/حزيران سنة ١٨٧٥ ويستعاض عنهما بالقانون المدني المرافق لهذا القانون .

المثال الثالث : القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ الخاص بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الذي ورد في مادته الأولى أن يلغي الباب السادس من الكتاب الأول من القسم الأول من القانون المدني ، والباب السابع من الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية والتجارية ويستعاض عن النصوص الملغاة بنصوص القانون المرفق ، كما يلغي كل نص آخر يخالف أحكامه .

المثال الرابع : القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ الخاص بمجلس الدولة الذي نص فيه صراحة على إلغاء القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٢ بشأن تنظيم مجلس الدولة .

المثال الخامس : القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بشأن المحكمة الدستورية العليا الذي نصت مادته التاسعة على إلغاء قانون المحكمة العليا رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ وقانون الإجراءات والرسوم أمامها رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ والقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٦ المتعلق ببعض الأحكام الخاصة بالمحكمة العليا .

الصورة الثانية : الإلغاء الضمني : (Abrogation tacite) حالتان : نقصد بذلك الأحوال التي يوجد فيها تشريعان متعارضان تعارضاً تاماً [٦٠٤] يسبق أحدهما الآخر بحيث يستحيل التوفيق بينهما بغير إلغاء أحدهما [٦٠٥]. يفترض للإلغاء الضمني "أن يكون التنظيمان القديم والجديد دائرين حول المسائل عينها ، وأنهما تعامدا بالتالي على محل واحد" [٦٠٦]. ويختلف حكم هذه الصورة بحسب ما إذا كنا بصدد تنظيم

(٦٠٤) منصور رقم ١٣٥ ص ٢٣٤.

(٦٠٥) نقض مدني في ٢٠ من فبراير/شباط سنة ١٩٨٦ ، طعن رقم ٢٣٤٨ س ٥٢ ق ، مجلة القضاة، العدد السابق ، ص ١٤٤.

(٦٠٦) المحكمة الدستورية العليا ، ٦ من يونيه/حزيران سنة ١٩٩٨، القضية رقم ٤٢ س ١٧ق دستورية

تشريعي جديد شامل أو تنظيم تشريعي جديد جزئي على التفصيل الآتي :

الحالة الأولى : التنظيم التشريعي الجديد الشامل : يصدر المشرع في هذه الحالة تشريعاً جديداً ينظم موضوعاً يحكمه تشريع قائم تنظيماً شاملاً ، فيكون مفاد ذلك هو اتجاه نيته إلى الإلغاء الضمني لكل النصوص التشريعية السابقة عليه ولو لم تكن القواعد التشريعية السابقة متعارضة كلها أو بعضها مع القواعد التشريعية الجديدة[٦٠٧]. فما يفرق هذه الحالة هو أن التشريع يعد منسوخاً جملة وتفصيلاً ولو انتفي التعارض[٦٠٨].

تطبيقاً لذلك أخذ الفقه[٦٠٩] على واضعي القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ الخاص بتنظيم إيجار الأماكن إفرادهم المادة ٤٧ من القانون للنص على إلغاء بعض التشريعات السابقة ومن بينها القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٧ المتضمن الأحكام الأساسية في مجال إيجار الأماكن على الرغم من أن التنظيم التشريعي الجديد الشامل يعد إلغاء ضمنياً للنصوص السابقة عليه دون حاجة إلى إشارة صريحة بذلك[٦١٠].

ونؤكد بأن هذه الحالة تتحقق أيضاً عندما يكون مصدر القاعدة الجديدة تشريعاً ومصدر القاعدة القديمة دين أو عرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية أو أي مصدر آخر من مصادر القانون . كذلك الحال عندما تكون القاعدة الجديدة عرفية والقاعدة القديمة عرفية أو مستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية[٦١١] .

الجريدة الرسمية في العدد ٢٥ تابع في ١٨ من يونيه/حزيران سنة ١٩٩٨ ص ٢٣.

(٦٠٧)عمران ص ١٤٠ وبيان ذلك أن المشرع عندما ينظم موضوعًا تنظيمًا كاملا يغير المبدأ ذاته الذي انبني عليه التشريع السابق، وتغيير المبدأ يقتضي تغيير كل ما يترتب عليه من تفاصيل.. فإذا لم يغيره بل غير بعض أحكام تفصيلية فإن الإلغاء في هذه الحالة تحكمه حلول الصورة الأولى وليس حلول الصورة الثانية : سلامة رقم ١٢١ ص ٢٧٨.

(٦٠٨)مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، جـ ١ ص ١٩٦. وانظر في نفس المعنى : مرقس رقم ٩٤ ص ٢٣٢ ، وكيره رقم ١٨٢ ص ٣٣٣ ومنصور رقم ٢٣٦ ، ويحيى رقم ١٢٦، وخضر رقم ١٤٦ ص ١٦٩ وجلال إبراهيم رقم ١٨ ، ص ٢١٨.

(٦٠٩) انظر على سبيل المثال : جمعة ص ١٨٠ وكامل رقم ٦٤ ص ٢٧.

(٦١٠) ويعد الإلغاء الصريح المصاحب للإلغاء الضمني تحصيل حاصل أو تأكيدًا لأمر قد تحقق بالفعل (جمعة ص ١٧٩) لذا فمن النادر ألا يلغي المشرع صراحة التشريع السابق (تناغو رقم ١٢٥ ص ٤١٧ والوكيل رقم ١٣٦ ص ٢٢٥).

(٦١١) وهذا كله لم ينص عليه ولكنه مستخلص من ترتيب الرجوع إلى المصادر الرسمية المذكورة: منصور رقم ١٣٥ ص ٢٣٤ مع الوضع في الاعتبار أن الشريعة الإسلامية أصبحت المصدر

الحالة الثانية : التنظيم التشريعي الجديد الجزئي : فروض أربعة : في هذه الحالة ينظم المشرع إحدى المسائل التي يحكمها تشريع قائم ، فيكون التعارض بين النصوص التشريعية القديمة والنصوص التشريعية الجديدة تعارضاً جزئياً(٦١٢) . فتختلف بذلك هذه الحالة عن الحالة الأولى التي يتحقق فيها الإلغاء ولو لم يحدث تعارض إطلاقا(٦١٣) .

وتجدر التفرقة في هذا المقام بين فروض أربعة وهي على التوالي : أن يكون النص التشريعي الجديد عاماً والنص التشريعي السابق عاماً وأن يكون النص التشريعي الجديد خاصاً والنص التشريعي السابق خاصاً ، وأن يكون النص التشريعي الجديد عاماً والنص التشريعي السابق عاماً وذلك على التفصيل الآتي :

الفرض الأول : النص التشريعي الجديد عام والنص التشريعي السابق عام : تُطبق هنا قاعدة العام ينسخ العام بمعنى أن النص التشريعي العام الجديد ينسخ النص التشريعي العام السابق عليه .

الفرض الثاني : النص التشريعي الجديد خاص والنص التشريعي السابق خاص: تطبق هنا قاعدة الخاص ينسخ الخاص ، بمعنى أن النص التشريعي الخاص الجديد ينسخ النص التشريعي الخاص القديم . وحكمة ذلك هي عدم إمكان الجمع في التطبيق بين حكمين متعارضين(٦١٤).

الفرض الثالث : النص التشريعي الجديد عام والنص التشريعي السابق خاص : تطبق في هذا الشأن قاعدة العام لا يقيد الخاص ولا ينسخه بمعنى أن النص التشريعي العام لا ينسخ النص التشريعي الخاص ولو ثبت تعارضهما .

الرئيسي للتشريع طبقا للدستور وليس مجرد مصدر رئيسي للتشريع، وذلك على التفصيل اللاحق انظر لاحقا ص ٢٢٠.

(٦١٢) ويكون الإلغاء الضمني بالقدر اللازم لرفع التنافر بين التشريعين ، فإذا أمكن التوفيق بينهما فلا إلغاء: السنهوري وأبو ستيت رقم ١٨٨ ص ٢٥٦، ومنصور رقم ١٣٥ ص ٢٣٤ وعبد الباقي رقم ٣٢٠ ص ٣٥٣.

(٦١٣) حكم بأن اختلاف مجال تطبيق التشريعين مع عدم وجود نص الإلغاء لا يترتب عليه الإلغاء: نقض مدني رقم ١٣ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٨١ ، مجموعة المكتب الفني س ٣٢ رقم ٤٠ ص ١٩٧.

(٦١٤) سلامة رقم ١٢١ ص ٢٧٦ ، فإذا اتحد محلهما واستحال أعمالهما معًا تأكد التعارض ووجب الإلغاء: نقض مدني في ٢٠ من فبراير/شباط سنة ١٩٨٦، الطعن رقم ٢٣٤٨ س ٥٢ ق مشار إليه في مجلة القضاة، س ٢١ ، ع١ يناير/كانون الثاني- يونيه/حزيران سنة ١٩٨٨ ص ١٤٤.

ومفاد ذلك أن يظل النص التشريعي السابق الخاص قائماً ونافـذاً باعتباره استثناء من الحكم العام الذي ورد في النص التشريعي العام الجديد[٦١٥]. فيقيد الخاص العام specialie derogat generalibus لأن العام لا يقيد الخاص ولو كان لاحقـاً عليـه Legi speciali Per generalem non derogature[٦١٦]. مثال ذلك الـنص الخـاص الوارد في قانون الشهر العقاري الصادر سنة ١٩٤٦ والذي يعلق نقل ملكية العقار أو أي حق عيني أصلي آخر وارد عليه على تسجيل التصرف المثبت لذلك ، الذي تعارض مع القانون المدني الحالي سنة ١٩٤٨ المتضمن نصاً عاماً تنتقل بموجبـه الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد (مادة ٩٣٢). هنا كان من الواجب الاكتفاء بتطبيق قاعدة العام لا يقيد الخاص ولا ينسخه بمعنى أن قانون الشهر العقاري وهو متضمن نصاً خاصاً بشأن العقارات لا يتأثر نفـاذه وتطبيقـه بالنص العام الجديد الوارد في القانون المدني. مع ذلك تزيد المشرع وأضاف مـادة جديدة وهي المادة ٩٣٤ في التقنين المدني الحالي ونص فيها على أنه" في المـواد العقارية لا تنـتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بـين المتعاقدين أم كان في حق الغير إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قـانون تنظـيم الشهر العقاري ".

يتضح مما تقدم أن المشرع كان في غني عن هذه الإشارة لأن إعـمال القواعد

---

(٦١٥) ما لم يتضح قصد المشرع في جعل الأحكام العامة اللاحقة سارية في جميع الأحوال: الشـرقاوي رقم ٧٢ ص ٢٠١. مع ذلك يرى البعض أن المعهود أن يكون الاستثناء لاحقًا علـى القاعـدة أو معاصرًا لها. أما أن يكون سابقًا عليها فلا يكون إلا بنص في القواعد العامة الجديدة يسـمح ببقـاء القواعد الخاصة: حجازي رقم ٤٦٩ ص ٥٩٢.

(٦١٦) تطبيقا لذلك حذفت لجنة المراجعة مجلس الشيوخ بناء على اقتراح الدكتور بهجت بدوي الفقـرة الثانية من المادة الأولى من قانون إصدار التقنين المدني الحالي والتي ألغـي بمقتضـاها التقنـين المدني الأهلي الصادر في ٢٨ من يونيه/حزيران سنة ١٩٧٥ ونص فيها على أن يستعاض عنهما بالتقنين الجديد ــ التي أشارت إلى أنه "وكذلك يلغي كل نص يخالف أحكام القانون المدني المرافق لهذا القانون". وأشير عند بيان سبب ذلك إلى أن اللجنة وافقت على حذف هذه الفقرة الأخيـرة لأن هناك قوانين خاصة من الخير بقاؤها قائمة بعد أن خيف أن يكون في عموم عبارة الفقرة التي تقرر حذفها مدخل للشك في بقاء بعض التشريعات الخاصة. وأوضحت اللجنة ذلك قائلة : "وعلى ذلـك تبقى الفقرة الأولى من هذه المادة مطلقة النص في إحلال نصوص المشرع محل نصوص القـانون المدني القائم في خارج حدود النطاق الذي قصد من وراء حذف الفقرة المتقدم ذكرها إلـى بقائـه بعزل عن متناول الإلغاء (مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ١ ص ١٧٠). ونلاحظ فـي هـذا المقام أنه لولا هذا الحذف لكنا في مواجهة إحدى حالات الإلغاء الصريح.

العامة كان سيؤدي إليها دون جدال[٦١٧] باعتبار أن النص الخاص السابق كان سينظر إليه بوصفه استثناء من النص العام اللاحق[٦١٨] مادامت نية المشرع غير واضحة في القول بغير ذلك[٦١٩].

الفرض الرابع : النص التشريعي الجديد خاص والنص التشريعي السابق عام : تطبق قاعدة الخاص يقيد العام بقدر ما يوجد بينهما من تعارض [٦٢٠]. وبيان ذلك أن المشرع إذا أصدر نصاً تشريعياً جديداً خاصاً يتعارض مع نص تشريعي سابق عام (Specialia generalibus derogat) كان مقصوده من ذلك أن ينفذ كل من النصين في نطاقه ، فيقيد النص التشريعي الخاص الجديد عموم النص التشريعي العام السابق عليه[٦٢١] والمثال التقليدي على ذلك هو

---

(٦١٧) منصور رقم ١٣٥ ص ٢٣٥ وكامل رقم ٦٤ ص ١٢٦.

(٦١٨) نقض مدني : ٢٤ من يونيه/حزيران سنة ١٩٦٧ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٤٨ ص ١٥٤٧، و١ من يونيه/حزيران سنة ١٩٧٢ ، مجموعة المكتب الفني س ٢٣ ص ٦٢٣ ، و ١٥ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٧٤ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٥ ص ١١٤٠ ، و١١ من أبريل/نيسان سنة ١٩٧٦ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٧ ص ٤٠٩ و ١٢ من أبريل/نيسان سنة ١٩٧٦ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٧ ص ٤٢٢.

(٦١٩) يرى البعض فيما ورد في القانون الجديد من إلغاء كافة الأحكام المخالفة ، إلغاء كل حكم قديم يتعارض مع النص الجديد ولو كان النص القديم خاصاً والنص الجديد عاماً : الإهواني رقم ١٨٧ ص ١٤٩ ، وانظر عكس ذلك جلال إبراهيم رقم ١١٧ ص ص ٢١٦ : ٢١٧ حيث يتطلب الإلغاء "أن ينص صراحة وعلى وجه الخصوص" .

(٦٢٠) يلاحظ أن ظاهرة تقيد الأحكام العامة بالأحكام الخاصة لا تقتصر على التشريعات المتلاحقة بل توجد بصدد التشريع الواحد ذاته فيما يتضمنه أحكام بعضها عام وبعضها خاص مثل القانون المدني الذي توجد فيه القواعد العامة للعقد إلى جوار عقد بيع الوفاء أو بيع ملك الغير أو بيع الحقوق المتنازع عليها ..الخ أو تلك المتعلقة بإيجار الأراضي الزراعية والمزارعة وإيجار الوقف . وهذا كله مفاده أن الحكم الخاص يقيد الحكم العام ولا يلغيه سواء ورد الحكم الخاص في تشريع قديم أو في تشريع حديث أو ورد في ذات التشريع الذي ورد فيه الحكم العام (تناغو رقم ١٢٥ ص ٤٢١) لذا يقال أن الاستثناء لا يتناقض مع القاعدة العامة وإنما يؤكدها : (Legi speciale per generalem non derogatur nec generali per specialem) مرسي ومصطفى رقم ٢٥٥ ص ٢٦٠ .

(٦٢١) كيره رقم ١٨٢ ص ٣٣٣، ومنصور رقم ١٣٥ ص ٢٣٤، وتناغو رقم ١٢٥ ص ٤١٨ وكامل رقم ٦٤ ص ص ١٢٥ : ١٢٦ لذلك حكم بأن ": من المقرر قانوناً أن مع قيام القانون الخاص لا يرجع إلى أحكام القواعد العامة إلا فيما فات القانون الخاص من الأحكام ، فلا يجوز إهدار القانون الخاص بذريعة إعمال قاعدة عامة لما في ذلك من منافاة صريحة للغرض الذي من أجله وضع القانون الخاص ": نقض مدني في ٣٠ من مايو/أيار سنة ١٩٨٥ مجموعة المكتب الفني ، س ٣٦، رقم ١٧١ ص ٨٣٦ .

نص المادة ٤٥ من القانون المدني القديم التي كانت تنص على أن الملكية تنتقل فور العقد في المنقولات والعقارات والتي جاء في قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ وقانون الشهر العقاري سنة ١٩٤٦ وقانون ذالسجل العيني سنة ١٩٦٤ ما يقيدها بشأن العقارات حيث نصت هذه القوانين على أن ملكية العقارات لا تنتقل إلا بالتسجيل أو بالقيد في السجل . فترتب على ذلك أن انسحب هذا الحكم الأخير على العقارات وحدها وظلت المنقولات محكومة بالنص القديم الذي يجعل الملكية فيها تنتقل فور العقد .

خلاصة القول أن " إلغاء النص التشريعي لا يكون إلا بتشريع لاحق ينص على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع" [٦٢٢].

٢- **الصور غير الحقيقية للإلغاء** : صورتان : نفرق في هذا الصدد بين صورتين غير حقيقيتين للإلغاء تثيران بعض المشكلات في الحياة العملية وهما الإلغاء بالانعكاس والإلغاء بعدم الاستعمال ، فما المقصود بهما ؟

الصورة الأولى : الإلغاء بالانعكاس (Abrogation par ricochet) [٦٢٣] يقصد بذلك قيام المشرع عند وضعه لتشريع جديد بالإحالة إلى أحكام تشريع سابق في شأن شروط الانطباق أو الآثار المترتبة أو الإجراءات الواجبة الاتباع بالنسبة للتشريع الجديد ثم يتدخل المشرع في وقت لاحق بالإلغاء للتشريع السابق . هنا يثور التساؤل حول ما إذا كان التشريع الجديد يلغي بطريق الانعكاس بعد أن ألغيت النصوص التشريعية السابقة التي كانت تنظم شروط انطباقه أو آثاره أو إجراءاته .

---

(٦٢٢) تطبيقاً لذلك حكمت محكمة النقض بأنه إذا كان القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ بتعديل بعض أحكام قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ لم يتناول بالإلغاء الصريح أو الضمني نص المادة ٤٩ من قانون السلطة القضائية والذي يخول وزير العدل حق تنبيه الرؤساء بالمحاكم وقضاتها إلى كل ما يقع منهم مخالفاً لواجبات أو مقتضيات وظائفهم بعد سماع أقوالهم ، فإن القرار الصادر من وزير العدل في هذا الشأن لا يكون مخالفاً للقانون ولا مشوباً بإساءة استعمال السلطة : نقض مدني (طلبات رجال القضاء) ، ٨ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٨٥ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٦، رقم ٢ص ١٧.

(٦٢٣) سلامة رقم ١٢١ ص ٢٧٩ ويطلق على هذه الصورة أيضاً التشريعات المحيلة أو الإلغاء بطريق التتابع أو التسلسل (تناغو رقم ١٢٦ ص ص٤٢١ : ٤٢٢ وأبو السعود ص ٣٩٠) أو الإلغاء بطريق الإحالة (الإهواني رقم ١٨٨ ص ١٤٩ وما بعدهما) ، أو الإلغاء بالارتداد (جلال إبراهيم رقم ١٢٠ ص ٢١٩) .

وحتى تتضح أبعاد المشكلة نضرب مثالاً حقيقياً ، فقد صدر القانون رقم ٥٦٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري على المسئولية المدنية المترتبة على حوادث السيارات متضمناً في مادته الخامسة إحالة صريحة إلى نص المادة ٦ من قانون المرور رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ بصدد تحديد المستفيدين من التأمين عند الإصابة البدنية للمؤمن عليه أو وفاته من جراء حادث سيارة . وهنا ثار التساؤل الآتي : هل يترتب على إلغاء قانون المرور رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ إلغاء المادة الخامسة من القانون رقم ٥٦٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن حوادث السيارات إلغاء انعكاسياً أم تظل هذه المادة باقية رغم إلغاء قانون المرور؟ [٦٢٤] .

تفرق محكمة النقض عند الإجابة عن هذا التساؤل بين فرضين وهما : الإحالة المطلقة والإحالة المقيدة على النحو الآتي : [٦٢٥]

الفرض الأول : الإحالة المطلقة : يقصد بذلك أن تكون الإحالة مطلقة إلى ما يبينه أو يقرره قانون آخر دون تحديد لبيان معين بالذات ورد فيه . في هذا الفرض حكمت محكمة النقض بأنه ".. إذا كانت الإحالة مطلقة إلى ما يبينه أو يقرره قانون آخر ، فإن مؤدي ذلك أن القانون المحيل لم يعن بتضمين أحكامه أمراً محدداً في خصوص ما أحال به وإنما ترك ذلك للقانون المحال إليه بما في ذلك ما قد يطرأ عليه من تعديل أو تغيير" .

---

(٦٢٤) مثال آخر (سلامة رقم ١٢١ ص ٢٧٩) نصت المادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الذي ألغي الأحكام الشرعية والمجالس المالية على تطبيق ما لم يلغ الأحكام الواردة في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية : فإذا افترضنا إلغاء المشرع للنصوص المحال إليها في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية هل تعتبر المادة الخامسة السابقة الإشارة إليها ملغاة أم باقية ؟

(٦٢٥) نقض مدني : ٢٧ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٧٩ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٠ رقم ١٤ ص ٤٠٣ وفي نفس المعنى أحكامها في ٢٩ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٢ ، مجموعة المكتب الفني ، س٣٣ ص ١٢٥٠ والطعن رقم ٢٩٦ والطعن رقم ١٩٩٧ ص ٥٣ ق في ٩ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨٧(غير منشورة) المشار إليهما في مجلة القضاة ، س ٢١ ، ع ١ ، يناير/كانون الثاني – يونيه/حزيران سنة ١٩٨٨ ص ١٤٣) والطعن رقم ٢١٠٤ س ٥٤ ق في ٣١ من مارس/آذار سنة ١٩٨٨ والطعن رقم ٩٦٠ س ٥٣ ق في ٢٨ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٨ والطعن رقم ٣٢٥ س ٥٣ في ٢٨ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٨ (غير منشورين ومشار إليهما بمجلة القضاة، س ٢٢ ، العدد الأول ، سنة ١٩٨٩ ص ٥٨ و ص ١٠١) وكذلك حكم النقض المدني (الهيئة العامة) في٣١ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩١ مجموعة المكتب الفني، س ٣٦ ج ٢ ص ١٢٨٤ ، مجلة القضاة ، س٢٥ ، ع (٢) ، يوليه/تموز – ديسمبر/كانون الأول ١٩٩٥ سنة رقم ١١ ص ١١٧ .

الفرض الثاني : الإحالة المقيدة : فيقوم المشرع بالإحالة إلى بيان أو أمر معين بالذات في قانون آخر . بمعنى أن إحالته هنا إحالة محددة النطاق أو مقيدة ببيان معين . في هذا الفرض حكمت محكمة النقض بأن القانون "بذلك يكون قد ألحق هذا البيان بذاته ضمن أحكامه هو فيضحي جزءاً منه يسري بسريانه دون توقف على سريان القانون الآخر الذي ورد به ذلك البيان أصلاً " .

تطبيقاً لذلك حكمت المحكمة بأن نص المادة الخامسة من قانون التأمين الإجباري سالف الذكر لا يلغي كأثر انعكاسي لإلغاء قانون المرور المتضمن تحديد المستفيدين من مبلغ التأمين ، وأضافت المحكمة أن نص المادة السادسة من قانون المرور الملغي أصبحت جزءاً لا يتجزأ من القانون القائم للتأمين من المسئولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات . ونقضت بذلك المحكمة حكم الاستئناف الذي انتهي إلى تقرير مسئولية شركة التأمين عن سداد مبلغ التأمين لوفاة أحد العمال رغم أن المادة السادسة من قانون المرور الملغي كانت تعقد مسئوليتها فقط عند وفاة الركاب أو الغير أثناء النقل دون العمال . فنعت بذلك محكمة النقض على الحكم المطعون فيه خطأه في تطبيق القانون وأيدت الحكم المستأنف الذي كان قد قضي برفض الدعوى بالنسبة لشركة التأمين[٦٢٦] .

ويؤيد الفقه[٦٢٧] في مجموعه هذا الرأي الذي تبنته محكمة النقض بقيد واحد وهو أنه إذا كانت النصوص المحال إليها الملغاة تنظم مرفقاً عاماً أو جهة من جهات التقاضي فإن النصوص المحيلة تصبح غير ممكنة التطبيق فتلغي إلغاءً انعكاسياً لإلغاء النصوص المحال إليها . أما إذا حلت محل هذه النصوص الملغاة "نصوص جديدة" فالإحالة تنتقل إلى النصوص الجديدة [٦٢٨] .

---

(٦٢٦) يترتب على ذلك أيضاً أن تبقي المادة الخامسة من قانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الذي ألغي المحاكم الشرعية عند تدخل المشرع بالإلغاء للمواد المتبقية من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية (انظر سابقاً هامش رقم ٢٩٦ ص ١٧٦) .

(٦٢٧) انظر كيره رقم ١٨٢ ص ٣٣٢ هامش رقم (١)، وتناغو رقم ١٢٦ ص ٤٢٢، وأبو السعود ص ٣٩٠ ، وجلال إبراهيم رقم ١٢١ ص ٢٢١ ونجيده ص ٢٧٤ (ويشير سيادته إلى أنه من الواجب التثبت من مدى تحقيق النصوص الجديدة للغاية والحكمة التي من أجلها أحيل على سلفها ، وإلا أصبحت الإحالة غير ذات محل لفوات العلة منها) وقرب سلامة رقم ١٢١ ص ص ٢٧٩ : ٢٨٠. والعطار رقم ٩٢ ص ١٩٧ هامش رقم (٢) وما بعدها .

(٦٢٨) تناغو رقم ١٢٦ ص ٤٢٢ .

الصورة الثانية : الإلغاء بعدم الاستعمال (Abrogation par désuétude) : يثور التساؤل حول ما إذا كان عدم استعمال التشريع لمدة طويلة يؤدي إلى إلغائه أم لا ؟ والإجابة عن هذا التساؤل يسيرة فالتشريع لا يلغي أو ينسخ بعدم الاستعمال مهما طال زمن ذلك . ولا يمكن الاحتجاج في هذا الصدد بوجود عرف سلبي بعدم الاستعمال واجب الاحترام لأن مقتضى تطبيق قاعدة التدرج التشريعي ألا تلغي قاعدة عرفية قاعدة أعلى منها[٦٢٩]. وهذا ما أوجزه واضعو مذكرة المشروع التمهيدي بقولهم "وغني عن البيان أن النص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعي بمقتضى عرف لاحق"[٦٣٠] وهو ما فطن إليه أيضاً قضاة محكمة مصر الكلية في ١٧ من أبريل/نيسان سنة ١٩٢٧ في حكمهم بأنه لا محل للقول بأن قانون العقوبات قد سقط بعدم العمل به قصداً مدة طويلة مع وجود أحوال كانت تدعو إلى تنفيذه ، لأن القانون لا يلغي إلا بقانون مثله والحكومة مكلفة بتنفيذ القوانين فلا يمكن أن يكون بيدها إبطالها بعدم تنفيذها" [٦٣١] .

وعلى هذا الأساس ، يظل التشريع نافذاً مهما طالت مدة عدم استعماله وأيا كانت طبيعة القاعدة القانونية أي سواء أكانت آمرة أم مكملة[٦٣٢] . وهذا الرأي

---

(٦٢٩) كيره رقم ١٨٣ ص ٣٣٧ ، والإهواني رقم ٢١١ ص ١٧٥، وحجازي رقم ٤٧٥ ص ٥٩٨ وعمران ص ١٣٧ . وانظر عكس ذلك تناغو رقم ١٤٧ ص ٤٨١ حيث يرى سيادته أنه لا سبيل إلى إلغاء العرف السلبي بعدم الاستعمال إلا بإصدار قاعدة تشريعية جديدة .

(٦٣٠) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ١ ، ص ١٩٦ .

(٦٣١) المحاماة ، س ٨ ، رقم ١٥١ ص ٢٠٥ . وهذا هو الرأي أيضاً لدى القضاء الفرنسي الذي عرض الأمر على قضائه الجنائي فقط : انظر على سبيل المثال :

D.P. ، 31 Janv . 1901D.P.169 et Cass.crim. 4 Janv. 1917، ch. Reunies،Cass 5،1922، 5 وإن كان الفقه الفرنسي يشكك من الناحية العلمية في هذه النتيجة التي لا يوجد من يجرؤ على الجهر بعكسها. GHESTIN، GOUBEAUX et FABRE - MAGNAN ، Traite، op.cit ، No.560 pp.513 : 514 ، et CARBONNIER، op.cit. ، No. 6 p.30

(٦٣٢) السنهوري وأبو ستيت ص ٢٥٣، وعبد الباقي رقم ٢٢٢ ص ص٣٥٧ : ٣٥٨ ، والبدراوي رقم ١٣٩ ص ٢٠٨ ، ومنصور رقم ١٣١ ص ٢٣٠، ومرسي ومصطفى رقم ٢٥٧ ص ٢٦٥ والشرقاوي رقم ٧٢ ص ٢٠٢ هامش رقم ٢ ، وسلامة رقم ١٢٠ ص ص٢٧١ : ٢٧٢، والوكيل

وحده هو الذي يحترم قواعد التدرج التشريعي التي تأبي على التشريع أن يلغي بعرف أقل منه قدراً وقيمة[٦٣٣].

الفرع السادس

تقدير التشريع

بعد أن انتهينا من بيان أحكام التشريع يمكن أن نعرض لما استخلصناه من مزايا تحسب له وعيوب أخذت عليه على النحو الآتي :

أولاً : مزايا التشريع : يتميز التشريع بعدة مزايا هي على التوالي :

١- **سرعة الوضع والتعديل والإلغاء** : يتبين لنا مما تقدم أن إجراءات وضع وتعديل وإلغاء التشريع ليس بالصعوبة التي تتسم بها إجراءات العرف المماثلة ،

رقم ١٣٣ ص ٢٢١ ، وخضر رقم ١٤٨ ص ١٧٠ ، وجمعة ص ١٧٧ ، والعطار رقم ٩٢ ص١٩٨ ، وشنب رقم ٦٩ ص ص ٨٩ : ٩٠ ورقم ٩٣ ص ١١٨، وأبو السعود ص ص٣٩٣ : ٣٩٤ وسلطان رقم ١٠٥ ص ١٠٤ ونجيده ص ٢٧٧.

(٦٣٣) لذا ورد في الأعمال التحضيرية (ج١ سابق الإشارة إليه، ص ١٩٦) " أن النص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعي بمقتضى عرف لاحق (انظر المادة ٥ من التقنين المدني الأسباني)" مع ذلك يرى البعض (مرقس رقم ٩٥ ص ٢٣٧) أن اعتبارات العدالة والمصلحة العامة تدفعنا إلى القول بأن التشريع الذي يطول إهماله وعدم استعماله مع توافر ظروف انطباقه ينساه الناس مع الزمن أو يعتقدون أنه قد ألغي ويكونون معذورين إذا لم ينظموا سلوكهم وفقاً له ومن ثم لا يجوز تطبيقه على ما يقع من مخالفات له في أثناء تلك المدة بل يجب التنبيه عن اعتزام العودة إلى العمل به مستقبلاً وقصر تطبيقه على ما يحدث بعد ذلك ، ويضيف أن التشريع يعد موقوفاً طيلة مدة عدم استعماله ، ويرى سيادته أن التسليم بإمكان إيقاظ التشريع من نومه يضع في يد عمال السلطة التنفيذية ورجال السلطة التنفيذية ورجال النيابة والقضاء سلطة تحكمية يخشي أن يؤدي استعمالها إلى الإساءة إلى التشريع ذاته وإلي من يطبق عليهم هذا التشريع . وينتهي سيادته إلى تطبيق هذا الرأي على كل التشريعات المكملة "وربما" بعض التشريعات الآمرة التي لا تتعلق بالمبادئ الأساسية التي يتكون منها النظام العام المتمثل في النظام الأساسي والاجتماعي في أهم مقوماته ويضرب لذلك مثلاً بالعرف الذي يجعل للفائدة حداً أعلى من الحد الوارد في القانون ، فيعتبر هذا العرف واجب التقدير بعكس العرف الذي قد ينشأ مجيزاً للمبارزة أو يوجبها في حالات معينة حيث يرى فيه عرفاً مخالفاً لحرمة الحياة الإنسانية (مرقس رقم ١٥٢ ص ٤٢٩) . ونحن لا نعتقد في غير ما ورد في المتن احتراماً لقواعد التدرج التشريعي وتشكيكاً في وجود ما يسمى بوقف التشريع واستجابة لما قيل من صعوبة تحديد بداية عدم الاستعمال ولحظة استقراره وحتى لا يساء استعمال هذا السلاح لاعتبارات سياسية (انظر في هذا المعني: السنهوري وأبو ستيت ص ٢٥٣ ، وعبد الباقي رقم ٢٢٢ ص ص ٣٥٧ : ٣٥٨ ، وسلامة رقم ١٢٠ص ٢٧٢ قرب جلال إبراهيم رقم ١١١ تتمة هامش رقم ١ ص ٢٠٣ حيث يؤيد ما نقول به ولكنه يذيل هذا التأكيد بعبارة " ... وربما يكون الأمر بحاجة إلى تفكير أعمق") .

فالعرف يتكون على مدار الزمن من اعتياد الناس على سلوك معين مع الاعتقاد في إلزامه . فإذا أرادت الدولة مواجهة مشكلة معينة بحل عاجل وسريع فليس أمامها من وسيلة سوى التشريع[٦٣٤] ، فهو وحده ـــ كما قيل ـــ يسمح بتوجيه الأمة نحو غاية معينة إذا انحرفت عن جادة الطريق[٦٣٥] أو أرادت العدول عن مسلك تشريعي معين إلى آخر دون بطء أو تأخير[٦٣٦].

٢- **عمومية التشريع** : يتميز التشريع بعموميته فهو يطبق على سائر أرجاء الدولة ، فيختلف بذلك عن العرف الذي عادة ما يكون إقليمياً . وتعد هذه المزية وسيلة تحقق بها الدول وحدتها السياسية والوطنية ، فوحدة التشريع المطبق في أنحاء الدول المختلفة هي السبيل إلى تحقيق الوحدة السياسية والوطنية[٦٣٧] . والمثال التقليدي على صحة ذلك ما حدث في ألمانيا وإيطاليا من ارتباط وحدتهما السياسية والوطنية بالوحدة التشريعية[٦٣٨] .

٣- **استقرار التعامل** : يتميز التشريع على العرف بأنه مكتوب ، وهذا يؤدي إلى استقرار التعامل حيث يكون بوسع الجميع الاطلاع عليه ، أما العرف فهو معروف فحسب لدى من تعارف عليه ويصعب على غير هؤلاء التعرف على وجوده لسبب بسيط وهو أنه غير مكتوب.

٤- **الصياغة الدقيقة** : تضع الهيئة التشريعية المتخصصة التشريع بعد أن تفسح المجال لدراسته من الزاويتين العلمية والعملية [٦٣٩] فتشكل اللجان العالية

---

(٦٣٤) القاضي ص ١٢٦ وسلامة رقم ٥٧ ص ١١٧.

(٦٣٥) القاضي ص ١٢٦ وخضر رقم ١١٧ ص ١٣٨ .

(٦٣٦) هذا ما يعبر عنه البعض بقوله : يستطيع المشرع بجرة قلم أن يسن تشريعاً صالحاً وأن ينسخ تشريعاً فاسداً (السنهوري وأبو ستيت رقم ١٣٤ ص ١٦٥) ونؤكد أن هذا المنطق هو الذي دعم النظرية القائلة بمسئولية الدولة عن أعمالها التشريعية إذا ما أصاب التشريع الجديد فرداً أو أفراداً محدودين بضرر خاص يلحق بهم : محكمة القضاء الإداري ، ٩ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٥٦ ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، المكتب الفني لمجلس الدولة ، س ١١ رقم ٥٠ ص ٧٦ .

(٦٣٧) السنهوري وأبو ستيت رقم ١٣٤ ص ١٦٥ ، ومرقس رقم ٦٢ ص ١٥٧، والقاضي ص ١٢٨ وسلامة رقم ٥٧ ص ١١٦ ويحيى ص ٧٦ .

(٦٣٨) القاضي ص ١٢٨ .

(٦٣٩) ويلاحظ أن المشرع لا يخلق القانون كما يتوهم ، وإنما هو يستمد مادة تشريعه من الحاجات العملية والضرورات الاقتصادية ، ومن عادات الناس ومن معتقداتهم ، ومن المثل العليا التي يتوخاها طبقاً لمدنية عصره ، وكل ما يفعل المشرع هو أنه يضع القاعدة القانونية التي استمد

المستوى لدراسة النصوص الموجودة والنصوص المقترحة ثم تمحصها في ضــوء تصورها لمشكلات التطبيق ووسائل تلافيها وبعد ذلك كله يخرج التشريع أنموذجــاً لعمل بشري متميز من حيث الصياغة والمضمون(٦٤٠) . وتتضح قيمة ذلك بالمقارنة بالعرف الذي يضعه عموم الناس ويفتقر في الغالب لما يتمتع بــه التشــريع مــن مستوي فني عال (٦٤١).

ثانياً : عيوب التشريع : يعتور التشريع عدة أمور تنال من قدره ومكانتــه ، أهمها هذان العيبان :

١- **جمود الصياغة** : توضع النصوص التشريعية في عبارات محكمة الصياغة محددة المضمون مما يجعلها مشوبة بالجمود عند التطبيق ، وهنا يتجلــى «الــذوق القانوني» فيهذب القائم بالتطبيق من جمود النص بقدر علمــه ومرونتــه . بعبــارة أخرى أن تطويع النص الجامد للتطبيق على المشكلات العملية يتوقف على القــدر الذي أوتيه المفسر من العلم والحكمة ، وهذه مسألة تحكمية ونسبية .علي العكس من ذلك يقف العرف كمحصلة لإرادة الجماعة كلها وهو ما يجعل عملية تطبيقه مقبولة من الجميع بنفس راضية مرضية مهما كانت النتائج .

٢- **عدم مواكبته لحاجات المجتمع** : يحتاج وضع التشريع إلى عدة مراحــل تتمثل في الإعداد والصياغة والإصدار والنشر وهي عملية طويلة ينعقد زمام البدء فيها للسلطة السياسية وهذا يربط عملية التشريع بمشيئة الحاكم . على العكس فــإن العرف لا يحتاج إلى شكليات فهو اعتياد الجماعة على سلوك معين مــع الشــعور بإلزامه ، فتكوينه وثيق الصلة لهم بإرادة الأفراد الجماعية التــي تنالــه بالتعــديل والتبديل كلما عجز عن الوفاء بحاجات الجماعة(٦٤٢).

مادتها من هذه المصادر المختلفة في ألفاظ من عنده ، ويعطي للقانون قوة ملزمة ... ويلاحــظ أن وضع القاعدة القانونية في ألفاظ هو ما يميز التشريع عن غيره من المصادر الأخرى التــي هــي مصدر للفظ والمعنى معاً : السنهوري وأبو ستيت رقم ١٣٢ ص ١٦٣ .

(٦٤٠) انظر في التنويه بمخاطر العجلة في إصدار القواعد التشريعية وأنها تــأتي علــى حســاب دقــة الصياغة والتوفيق فيها : الوكيل رقم ٨٧ ص ١٤٣ .

(٦٤١) القاضي ص ١٢٩.

(٦٤٢) عبد الباقي رقم ٩٢ ص ١٤٤ ويعزو البعض هذا النقد إلى سوء الظن فــي الســلطة المختصــة واتهامها بأنها لا تعي واقعها ، ويدلل على عدم جوهريته بطغيان التشريع على المصادر الأخــرى كلها : سلامة رقم ٥٧ ص ص ١١٧ : ١١٨ .

والرأي عندنا أن التشريع هو خير وسائل الجماعة لتنظيم أمورها وتصريف شئونها ، وما أخذ عليه من عيوب يتضاءل بل ويتلاشى بالنظر إلى مزاياه الأخرى(٦٤٣) لا سيما وأنه يصدر في الغالب من هيئة تشريعية منتخبة مدركة لحاجات الجماعة ومصالحها . مع ذلك فنحن نسجل هنا افتقار التشريعات الحديثة لعمق الدراسة وحسن الصياغة مما يجعلها مادة صالحة للانتقاد ، ولا يرجع ذلك إلى تصدي غير الأكفاء لعملية إعداد التشريع وتغلب العناصر غير القانونية على المجالس النيابية فحسب(٦٤٤) بل إلى إسراف المشرع في الاهتمام بالاعتبارات السياسية والاجتماعية على حساب مقتضيات التشريع وأصول الفن القانوني السليم في الإعداد والصياغة (٦٤٥). فضلاً عن الاتجاه الحالي المتنامي إلى ترجمة قوانين قادمة من بيئات قانونية مختلفة وتبنيها في مصر دون التفات إلى اختلاف البيئة القانونية المصرية وخصوصيتها من الناحيتين العلمية والعملية (٦٤٦) .

علي أية حال سيظل التشريع يزداد أهمية كلما تعقدت الحياة في المجتمع(٦٤٧)

---

(٦٤٣) منصور رقم ٥٠ ص ٩٩ ويحيى ص ٧٧ .

(٦٤٤) هذا ما أكد عليه الأستاذ Jean Morange بالنسبة لفرنسا أيضاً لدى حضورنا محاضراته التي ألقاها في الدورة الدراسية للمعهد الدولي لحقوق الإنسان (Institut International Des Droits de L`Homme) بمدينة Strasbourg الفرنسية في شهر يونيه/حزيران سنة ١٩٨٩ وبالتحديد في الفترة ما بين ٣ : ٧ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨٩ .

(٦٤٥) انظر مثالين على عدم الإلمام بفن التشريع بخصوص قانون العمل الحالي رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ أشار إليهما أستاذنا الدكتور محمود جمال الدين زكي ، عقد العمل في القانون المصري العامة للكتاب ، ط ٢، ص ٦ هامش رقم ٣ : الأول يتمثل في ورود عبارة "اقتراح بمشروع قانون « في المذكرة التفسيرية لهذا القانون رغم أن" ما يعرفه طلبة السنة الأولى بكليات الحقوق أن ما يعرض على المجلس النيابي لإصداره قانوناً إما أن يقدم من أحد أعضائه فيكون "اقتراحاً بقانون" وإما أن يقدم من الحكومة فيكون "مشروع قانون" والثاني نص المادة ٤٩ من القانون من أن يجوز لصاحب العمل أن يمنح العامل الذي أمضي في خدمته ثلاث سنوات متصلة أجازة بنصف أجر لمدة أقصاها شهر لأداء فريضة الحج أو لزيارة بيت المقدس وتكون هذه الأجازة مدة واحدة طوال مدة خدمته : "كما لو كان إعطاء هذه الأجازة محرماً على صاحب العمل" . ولا يكون للنص في الحقيقة ، معنى إلا إذا كان المقصود منه أن يكون لصاحب العمل أن يجبر العامل على هذه الاجازة للحج أو للزيارة وهذا بداهة ، لا يمكن تصوره .

(٦٤٦) هذا الرأي يشاركنا فيه الأستاذ الدكتور أحمد كمال أبو المجد (مقابلة شخصية مع سيادته يوم الثلاثاء ٩ من سبتمبر/أيلول سنة ١٩٩٦) حيث شبه سيادته التشريع في هذه الحالة بالعضو الذي يزرعه الطبيب في إنسان حي ، وأكد على أهمية دراسة حالة المريض ومدى استعداد جسده لاستيعاب العضو الوافد قبل الإقدام على عملية الزراعة.

(٦٤٧) ويضيف البعض سبباً آخر وهو تعميق الاتجاه الاشتراكي (سلامة رقم ٥٦ ص ١١٥) وهو ما

وتشعبت العلاقات بين أفراده .

المطلب الثاني
الديـــــن

يمكن تعريف الدين بأنه مجموعة القواعد التي ينزلها الله سبحانه وتعـــالي[٦٤٨] على نبي من عنده ليبلغها إلى الناس و يأمرهم باتباعها وإلا تعرضوا لغضـــب الله وعقابه[٦٤٩]. فينظم الدين واجبات الشخص نحو ربه ونحـــو نفســـه وكـــذلك نحـــو الغير[٦٥٠] ويختلف دور الدين في أي مجتمع بحسب نظرة هذا المجتمع إلى الدين ، فقد ينظر إليه بوصفه مصدراً رسمياً أصلياً للتشريع أو مصدراً احتياطياً له ، وقـــد ترفع الدولة شعار العلمانية وتقصر دور الدين على الشق الخاص بعلاقتـــه بربـــه وعلاقته بنفسه فحسب .

والحقيقة أن الدول الحديثة تجمع بين هذه النظرات الثلاثة في هذا الشأن . وهو ما سنوضحه الآن بدراسة موقف الدولة الغربية ثم موقف الدول الشرقية من الـــدين وأخيراً موقف مصر منه .

أولاً : الدين في البلاد الغربية : نظمت الشريعة الموسوية حياة اليهودي مـــن كل الوجوه[٦٥١] . في حين جاءت المسيحية لتهذيب الجانب الروحـــاني فقـــط فـــي

أصبح الآن غير مرغوب فيه .

(٦٤٨) نقصد بذلك الأديان الآتية : اليهودية والمسيحية والإسلام (مرقس رقم ١٥٨ ص ٤٤٢ ، وفرج رقم ١٢٧ ص ٢٠٢، وجمعه ص ١٨٧ وكامل ص ١٨٧) وإن كان البعض يوسع مـــن دائـــرة الـــدين ويضم إليه الأديان غير السماوية أيضاً (انظر على سبيل المثال زكي رقم ٥٧ ص ١٠٨).

(٦٤٩) السنهوري وأبو ستيت رقم ٨٦ ص ١٠١، وعبد الباقي رقم ١٣١ ص ٢٠٨ ، وكيره رقم ١٠٩ ص ص ٢٠٦ :٢٠٧ ويحيى ص ١٠٥ .

(٦٥٠) ويرى البعض (شنب رقم ٧٣ ص ٩٤) أن الدين هو قواعد كل طائفة فهو بالنسبة للشيعة أحكام المذهب الجعفري وبالنسبة للسنيين أحكام المذهب الحنفي وكذلك الحال بالنسبة للمسيحيين واليهـــود فيقصد بالدين قواعد كل طائفة .

(٦٥١) أهم مصادر الفكر اليهودي ثلاثة هي العهد القديم والتلمود وبروتوكولات حكماء صهيون : والعهد القديم هو التسمية العلمية لأسفار اليهود وتعد التوراة جزءاً من العهد القديم وقد تطلق التوراة علـــى الجميع من باب إطلاق اسم الجزء على الكل أو لأهمية التوراة المنسوبة إلى أبرز زعمـــاء بنـــي إسرائيل وهو موسى (عليه السلام) وكلمة توراة معناها الشريعة أو التعاليم الدينية أما التلمود فهـــو قسمين الأول وهو المشنا وهو الشريعة المكررة أي مجموعة التعاليم الشفوية التي أبلغها الله تعالى

شريعة موسى عليه السلام بعد أن طغت المادية على اليهود [٦٥٢] وهذا هو ما عبر عنه السيد المسيح عيسي بن مريم عليه السلام بقوله »لم أرسل إلا إلى خراف بيت إسرائيل الضالة« [٦٥٣] . ولم يتضمن الإنجيل[٦٥٤] سوى قاعدتين في مسألة الأحوال الشخصية وهما[٦٥٥] : ما جمعه الله لا يفرقه إنسان ومن تزوج بمطلقة أخيه فقد زنا. ولعل السبب في ذلك هو أن المسيحية نزلت في بيئة يهودية موسوية وبيئة رومانية في أوج عظمتها[٦٥٦] .

إلى نبيه موسى عليه السلام والتي جمعها الحاخام يوضاس وأكمل عمله الربي يهوذا أما القسم الثاني فهو الجمارا ويضم الحواشي والشروح المسهبة للمشنا ومن المشنا والجمر يتكون التلمود (ويسمى تلمود أورشليم إذا كانت المشنا من وضع حاخامات فلسطين وتلمود بابل إذا كان = = واضعوها هم حاخامات بابل والأخير هو المتداول بين اليهود والمراد عند الإطلاق) ، والمصدر الثالث للفكر اليهودي هو بروتوكولات حكماء صهيون وهي عبارة عن تقارير قدمت إلى مؤتمر بال بسويسرا سنة ١٨٩٧ واعتمدها المؤتمرون وعددها أربعة وعشرون (انظر في تفصيل ذلك الأستاذ الدكتور أحمد شلبي ، مقارنة الأديان ، الجزء الثالث : اليهودية ، مكتبة النهضة المصرية ، الطبعة السابعة سنة ١٩٨٤ ص ٢٣٠ و ٢٧٢ وما بعدهم) وانظر النص العربي الكامل لهذه البروتوكولات الأربع والعشرين في مرجع الأستاذ محمد خليفة التونسي ، الخطر اليهودي : بروتوكولات حكماء صهيون (تقدير الكتاب للأستاذ عباس محمود العقاد)، ودار الكتاب العربي / بيروت – لبنان ، ط ٧ ،١٩٨٤ص ص١٠٣: ١٩٠.

(٦٥٢) هذا ما لخصه السيد المسيح عليه السلام بقوله موجهاً حديثه إلى اليهود : " ويل لكم أيها الكتبة والفريسيون المراؤون لأنكم تغلقون ملكوت السماوات قدام الناس فلا تدخلون أنتم ولا تدعون الداخلين يدخلون "(إنجيل متى . الإصحاح الثالث والعشرون /١٣) "أيها الحيات أولاد الأفاعي كيف تهربون من دينونة جهنم " (إنجيل متى / الإصحاح الثالث والعشرون/٣٣) .

(٦٥٣) " صرخت امرأة كنعانية قائلة للسيد المسيح بن مريم عليه السلام : ارحمني يا سيدي يا بن داود. ابنتي مجنونة جداً . فلم يجبها بكلمة . فتقدم تلاميذه وطلبوا إليه قائلين اصرفها لأنها تصيح وراءنا . فأجاب وقال لم أرسل إلا إلى خراف بيت إسرائيل الضالة " (إنجيل متى / الإصحاح الخامس عشر / ٣٢ : ٣٤) وإن كان السيد المسيح عليه السلام أعجب بإيمانها حينما حاورته وقال لها » يا امرأة عظيم إيمانك . ليكن لك كما تريدين " فشفيت ابنتها من تلك الساعة " (إنجيل متى / الإصحاح الخامس عشر / ٣٨) .

(٦٥٤) كلمة إنجيل Gospel كلمة يونانية ومعناها (الحلوان) وهو ما تعطيه من أتاك ببشري ثم أريد بالكلمة البشري من بعده بالمعنى نفسه ، وربما استعملوها أيضاً بمعنى ملخص تعاليم المسيح لأن فيها الخلاص أو سيرة حياته وموته لأن معناها الخلاص وغلب استعمال كلمة إنجيل منذ أواخر القرن الأول بمعنى الكتاب الذي يتضمن هذه البشري (شلبي ،المرجع السابق، جـ ٢ / المسيحية ، مكتبة النهضة المصرية ، ط ٨ سنة ١٩٨٤) ويسمى الإنجيل بالعهد الجديد وهو مكون من سبعة وعشرين سفراء ومن العهد القديم (انظر الهامش السابق رقم ٢٧٥) والعهد الجديد يتكون الكتاب المقدس الذي يؤمن به المسيحيون (الأستاذ زكي شنودة ، موسوعة تاريخ الأقباط في مصر ، جـ١ (بدون تاريخ وبدون ناشر) ، ص ص٩٢ : ٩٤) .

(٦٥٥) يحيى ص ١٠٦ .

(٦٥٦) يحيى ص ١٠٦ .

ومع مرور الوقت استغلت الكنيسة ضعف الدولة وأصدرت عدة مراسيم كونت ما يسمي بالقانون الكنسي (Droit Canonique) ـــ وهو قانون ذو طابع ديني سادت فيه قواعد القانون الطبيعي والقانوني الروماني ـــ الذي يرجع إليــه الفضــل فــي تخليص نشأة العقود من الطقوس والشكليات(٦٥٧).

علي أية حال فإن دور الكنيسة تراجع منذ رفع شعار الفصــل بــين الكنيســة والدولة ، واتجهت الدول إلى سن تشريعات علمانية لا يكاد أن يكــون لــه فيهــا وجود.

ثانياً: الدين في البلاد الشرقية : كان للديانة دوراً كبيراً في الــبلاد الشــرقية الإسلامية وأهم الديانات التي سادت في البلاد الشرقية هي الديانة الإسلامية التــي تعد مصدراً خصباً تستمد منه القواعد القانونية(٦٥٨) وما زالت دول مثل الســعودية واليمن تعتبر الشريعة الإسلامية مصدراً مباشراً أصليا لمختلف قواعد القانون العام والخاص احتراماً للقاعدة الراسخة القائلة بأن الإســلام ديــن ودولــة(٦٥٩) فــي آن واحد(٦٦٠) .

---

(٦٥٧) الوكيل رقم ٧٦ ص ١١٨. أنظرترجمة فرنسية موازية للنص الأصلي اللاتيني للقانون الكنسي مع مقدمة للبابا جان بول الثاني ، ويقع التقنين الكنسي في ١٧٥٢ مادة :

Code de droit canonique ، société internationale de Droit Canonique et de Législations Religieuses comparés ، Faculté de droit canonique de l'Univérsité Saint – Paul d'Ottawa et Faculté de droit canonique de l'institut Catholique de Paris ، 1994.

(٦٥٨) عرفه ص ٢٤٨ . ونشير إلى قانون في طور الإعداد في بلجيكا ستطبق بمقتضاه شريعة الإســلام على الأقلية العربية المسلمة هناك في مجال الأحوال الشخصية .كما نؤكد أن الإسلام له وجود كبير في كثير من الدول الغربية فيوجد على سبيل المثال في فرنسا عشرات الآلاف من المسلمين ويشهر فرنسي واحد إسلامه كل يوم ويعتبر الإسلام الدين الثاني في الدولة بعد المسيحية الكاثوليكية . وقد أدي هذا الانتشار الحالي للإسلام لاسيما بفعل وجود المهاجرين العرب في بلجيكــا إلــى صــدور مرجع مهم يعالج مشكلة الأحوال الشخصية للمسلمين في القانون المقارن وفــي القــانون الــدولي الخاص :

Le statut personnel des musulmans : Droit comparé et droit international privé ،Travaux de la Faculté de droit de l`Universitécatholique de louvain sous la direction de Jean-yves CARLIER et Michel VERWILGHEN، Preface François RIGAUX، Bruylant / Bruxelles1992. de

(٦٥٩) الوكيل رقم ٧٧ ص ١٢٠ .

(٦٦٠) السنهوري وأبو ستيت رقم ٨٩ ص ١٠٤ وحسن ص ١٦٠ .

علي العكس فإن البلاد الشرقية الأخرى تختفي فيها الأديان بشكل شبه تام مثلما هو الحال في الاتحاد السوفيتي (روسيا الاتحادية سابقاً) والصين ، أو تتسلط عليها أديان غير سماوية كما هو الحال في الهند حيث غالبية الناس من عبدة البقر والنار.

ثالثاً : الدين في مصر : كان للدين الإسلامي مكانة عظمى في مصر منذ الفتح الإسلامي وحتى عهد محمد علي ، فكانت قواعد الشريعة الإسلامية تنظم مسائل الأحوال الشخصية والأحوال العينية على السواء بالنسبة للمسلمين ، أما غير المسلمين فكانت تطبق شرائعهم في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بهم فحسب .

ومع بداية حكم محمد علي ظهر منهاجه العلماني في ثلاثة أمور هي(٦٦١) :

الأول : جعل مصر ولاية وراثية في أفراد أسرته ، خروجاً على نظام الخلافة، بموجب فرمان الباب العالي في ١٠ من يوليه/تموز سنة ١٨٤١ ، وهو الفرمان الذي تعدل في عهد إسماعيل باشا على نحو يسمح للوراثة أن تنعقد لأكبر أنجاله .

الثاني : جعل أراضي الدولة كلها مملوكة له واعتبر الفلاحين مستأجرين عنده.

الثالث : تبني مجموعة من التقنينات المختلطة (سنة ١٨٧٥م) والأهلية (سنة ١٨٨٣م) لا تتضمن غير قدر يسير من أحكام الشريعة الإسلامية لا سيما في الشفعة والبيع في مرض الموت والغبن ، وإن ظلت الأديان الثلاثة مصدراً رئيسياً يحكم مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة لأتباعها من المسلمين والمسيحيين واليهود : فكانت المحاكم الشرعية تطبق أحكام شريعة الإسلام على المسلمين والمجالس الملية تطبق أحكام المسيحية واليهودية على غير المسلمين كل فيما يخصه .

ولم يستمر هذا الحال كثيراً فصدر القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ مقرراً أمرين وهما :

الأول : إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية ونقل اختصاصها إلى المحاكم الوطنية ابتداءً من الأول من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٥٦ .

---

(٦٦١) المصادر التشريعية التي تستقي منها الأحكام الشرعية في الفقه الإسلامي عشرة منها أربعة متفق عليها وهي الكتاب (القرآن الكريم) والسنة والإجماع والقياس وستة مختلف فيها وهي الاستحسان والمصالح المرسلة والعرف والاستصحاب وشرع من قبلنا وقول الصحابي (الشيخ محمد زكريا البرديسي ، أصول الفقه ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، سنة ١٩٨٣ ، ص ١٧١) .

الثاني : إصدار المحاكم أحكامها في مسائل الأحوال الشخصية[٦٦٢] والوقف التي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية طبقاً للمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية [٦٦٣]، أما بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بمصريين

---

(٦٦٢) وظهرت مشكلة جديدة وهي تعريف المقصود بمسائل الأحوال الشخصية التي تخضع للأحكام الدينية فحكمت محكمة النقض (الدائرة المدنية) في ٢١ من يونيه/حزيران سنة ١٩٣٤ بأن= =المقصود بالأحوال الشخصية هي مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليه أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية . ككون الإنسان ذكراً أو أنثي وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو أبنا شرعياً ، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سنه أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية بالمقابلة للأحوال العينية فتشمل كل الأمور المتعلقة بالمسائل المالية بحسب الأصل وأكدت المحكمة أن الوقف والهبات والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها هي من الأحوال العينية لتعلقها بالمال وباستحقاقه وعدم استحقاقه غير أن المشرع المصري وجد (أنها) .. – وكلها من عقود التبرعات – تقوم غالباً على فكرة التصدق المندوب إليه ديانة ، فألجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية كيما يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التي ليس من نظامها النظر في المسائل التي تحوي عنصراً دينياً ذا أثر في تقرير حكمها (حكم سابق الإشارة إليه ص٥٧ ومنشور في مجموعة عمر ، جـ١ ، رقم ٢٠٠ ص ٤٥٤ وما بعدها) . وعرفت المادة ١٣ من قانون القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ الأحوال الشخصية بأنها تشمل المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجية وواجباتهما المتبادلة ، المهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها ، والعلاقة بين الأصول والفروع ، والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبني ، والولاية والوصاية والقيامة والحجر والإذن بالإدارة والغيبة واعتبار المفقود ميتاً ، وكذلك المنازعات المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، وتضيف المادة ١٤ من القانون نفسه تعتبر الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المسلمين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك . (يلاحظ أن هذا القانون ألغي وحل محله القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ في شأن السلطة القضائية الذي ألغي بدوره وحل محله القرار بقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٢ المنشور بالجريدة الرسمية بالعدد ٤٠ في ٥ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٧٢) . وعلى أية حال لا يوجد تعريف جامع مانع مستقر للأحوال الشخصية (جمعة ص ١٨٩) وإن كان هذا الاصطلاح استخدم للدلالة على المسائل التي تركت عند إنشاء المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية خاضعة لقواعد دينية وكانت المحاكم التي تختص بنظرها هي المحاكم الشرعية والجهات القضائية الدينية الأخرى (منصور رقم ٦٨ ص ١٢٧) .

(٦٦٣) تنص هذه المادة على أن "تصدر الأحكام طبقاً للمدون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة، ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد" : انظر في التعليق على هذه المادة : المستشار أحمد نصر الجندي ، التقاضي في الأحوال الشخصية ، ودراسة تفصيلية من الناحيتين الإجرائية والموضوعية، القاهرة ، ١٩٩٠ ، ص ٢٥٨ وما بعدها. وقد حكمت المحكمة العليا في ٣ من أبريل/نيسان سنة ١٩٧٦ (الدعوى رقم ١٠ س٥ قضائية عليا / دستورية ، مجموعة أحكام المحكمة العليا ، القسم الأول ، ج١ ، رقم ٣٧ ص ٤٣٢) ثم المحكمة الدستورية العليا (جلسة ٤ من مايو/أيار سنة ١٩٩٦، قضية رقم ٦٣ س١٧ ق "دستورية" ، الجريدة الرسمية ، العدد ١٩ في ١٦ من مايو/أيار سنة ١٩٩٦ ص ٩١٦). بأن تخير المشرع مذهباً دون مذهب أو أرجح الأقوال في مذهب

غير مسلمين متحدي الطائفة والملة ولهم جهات قضائية منظمة (مجالس ملية) وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام في نطاق النظام العام وفقاً لشريعتهم[٦٦٤] .

من المذاهب وإلزام القضاء التقيد به ، من المسائل التي يترخص فيها بسلطة تقديرية وفقاً لما يراه ملائماً لظروف المجتمع بلا معقب عليه في تقديره لما في ذلك من تيسير تعريف القاضي والمتقاضي على السواء بما يحكم أعمال الناس من قواعد ، تحقيقاً لاستقرار العلاقات وثبات الأحكام وإرساء للحق والعدل والمساواة ، تطبيقاً لذلك حكمت محكمة النقض بأن سكوت القاضي = = أو خلوه من النص على حكم مسألة من مسائل الأحوال الشخصية لا يعني أن المشرع أراد أن يخالف نصاً في القرآن أو السنة النبوية الصحيحة أو حكماً اتفق عليه فقهاء المسلمين ، وينطبق ذلك على الحق والدعوى به في هذا الصدد ، وإذا لم تكن توجد قواعد قانونية خاصة تمنع أو تقيد من إقامة دعوى الحسبة في الوقت الذي رفعت فيه هذه الدعوى حتى صدور حكم نهائي من محكمة الموضوع فإنه يتعين الرجوع في شأن قبولها إلى الراجح في مذهب الإمام أبي حنيفة (الدائرة المدنية والتجارية والأحوال الشخصية في ٥ من أغسطس/آب سنة ١٩٩٦ ، الطعون أرقام ٤٧٥ ، ٤٧٨ و٤٨١ س ٦٥ ق أحوال شخصية / غير منشور) . وجدير بالذكر أن قانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية قد ألغي لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ (الجريدة الرسمية ، العدد ٤ مكرراً في ٢٩ من يناير/كانون الثاني سنة ٢٠٠٠) .

(٦٦٤) حكم بأنه لا محل لإعمال أحكام الشريعة الإسلامية في حالة اختلاف الزوجين المسيحيين في الطائفة أو الملة إذا تصادمت مع جوهر العقيدة المسيحية طالما أنها لم تخالف النظام العام . ومن قبيل هذه المبادئ التي لا تتعارض وقواعد النظام العام وتعتبر من الأصول الأساسية في الديانة المسيحية مبدأ حظر تعدد الزوجات إذ لا يجوز إعمال ما يناقضه من الأحكام الموضوعية في الشريعة العامة : نقض مدني في ١٧ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٧٩ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٠ رقم ٦٠ ص ٢٧٦، على العكس قضي بأن إمهال المفقود للظهور ثلاثين سنة من تاريخ الحكم بإثبات غيبته أو استمرار غيبته حتى يبلغ التسعين من تاريخ ولادته حسبما هو وارد في المادة ١٧٧ من لائحة الأقباط الأرثوذكس التي أقرها المجلس الملي العام في ٩ من مايو/أيار سنة ١٩٣٨ وعمل بها اعتباراً من ٨ من يوليه/تموز سنة ١٩٣٨ ، يتصادم مع نص المادة ٤٠ من الدستور فيما حظرته من أي تمييز بين المصريين باعتبار أن المادة ١/٢١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أتت بتنظيم أكثر قرباً إلى طبائع الأمور وأكثر يسراً على من يتحمل أعباء غيبة المفقود وأدي إلى تحقيق استقرار الأسرة المصرية (يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده) ، ومن ثم فهو التنظيم الذي يرجح في ميزان المقارنة بين التنظيمين (المحكمة الدستورية العليا ، جلسة ٩ من ديسمبر/كانون الأول سنة ٢٠٠١ ، القضية المقيدة برقم ١٠٧ لسنة ٢١ قضائية " دستورية " ، الجريدة الرسمية ، العدد ٥١ مكرراً في ٢٥ من ديسمبر/كانون الأول سنة ٢٠٠١ ص ١٩). وفي دعوى أخرى متعلقة بالمادة (٨٥) من لائحة الأقباط الأرثوذكس قضي بأن خلو القواعد الموضوعية المنظمة للأحوال الشخصية للمسلمين من نصوص تتعلق بأحكام المنقولات الموجودة في منزل الزوجية يكمله نص المادة ١/٣ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ باصدار قانون تنظيم بعض أوضاع واجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية فيما أوردته من إحالة إلى أرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة ، وهي لا تختلف في مضمونها عما يقابلها في لائحة الأقباط الأرثوذكس ، ومن ثم انتهت المحكمة إلى رفض الدعوى بعدم دستورية المادة (٨٥) سالفة الذكر باعتبار أنها تقيم تفرقة بين أبناء الوطن الواحد . (المحكمة الدستورية العليا ، جلسة ٦ من يناير/كانون الثاني سنة ٢٠٠١ ، القضية رقم ٢٠١ لسنة ٢٠ قضائية " دستورية " ، الجريدة الرسمية ، العدد ٣ في ١٨ من يناير/كانون الثاني سنة ٢٠٠١

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا [٦٦٥] على دستورية نص المادة ٢/٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ فيما تضمنته من استبعاد الشريعة الخاصة وتطبيق الشريعة الإسلامية في حالة تغيير الطائفة أو الملة إلى غير الإسلام باعتبار أن هذا القانون سابق في صدوره على دستور سنة ١٩٧١ الذي يجعل الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع ، وبذلك حجبت المحكمة الدستورية العليا نفسها عن التصدي لدفاع المدعية – وهي مسيحية الديانة – من أن هذا النص يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية وهي المصدر الرئيسي للتشريع طبقاً للدستور (مادة ٢) والتي لا تستبعد تطبيق الشريعة الخاصة بغير المسلمين في منازعات الأحوال الشخصية حتى في حالة اختلاف الطائفة أو الملة ، فضلاً عن أن من مقاصد الشريعة الإسلامية سد الذرائع ، بينما النص المطعون فيه يفتح باب التحايل لخرق أحكام الشريعة الخاصة بغير المسلمين إذ جعل التغيير في الطائفة أو الملة سبيلاً ممهداً لعم الالتزام بأحكام تلك الشريعة الخاصة .

ويلاحظ أنه بصدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤م بشأن المواريث والوصايا تأكد حق غير المسلمين في تطبيق أحكام شريعتهم في هذا الصدد بشرطين وهما : اتحاد الخصوم في الدين والملة والطائفة واتفاق ذوي الشأن المعتبرين ورثة في نظر الشريعة الإسلامية على الخضوع لشريعتهم الدينية ، فإذا تخلف أحد هذين الشرطين طبقت شريعة الإسلام عليهم[٦٦٦] .

ص ٥٨). وقد حكم بأن منازعات الأحوال الشخصية بين طرفين لا تعرف لهما جنسية ينطبق القانون المصري عليها ، ومؤدي ذلك تطبيق الشريعة الإسلامية على المسلمين وعلى غير المسلمين المختلفي الطائفة والملة وتطبيق الشريعة الطائفية على غير المسلمين المتحدي الطائفة والملة : نقض (أحوال شخصية)، في ٢٦ من نوفمبر/ تشرين الثاني سنة ١٩٨٥، مجموعة = = المكتب الفني، س ٣٦ ، رقم ٢١٣ ص ١٠٣٢ . كما حكم بأن أتباع المذهب البروتستانتي في مصر يعتبرون طائفة واحدة وهي طائفة الإنجيليين الوطنيين ، فلا يعد انضمام الزوج البروتستانتي إلى إحدى كنائس أو شيع هذه الطائفة تغييراً لملته أو طائفته (نقض مدني / أحوال شخصية ، ٦ من فبراير/شباط سنة ١٩٨٠ ، مجموعة المكتب الفني ، س٣١ ، رقم ٨٥ ص ٤٣٩).

(٦٦٥) جلسة ٤ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٩ ، القضية رقم ٩٦ لسنة٢٠ قضائية " دستورية ، الجريدة الرسمية ، العدد ٥٠ في ١٦ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٩ ص ٢٩٨٥ .

(٦٦٦) تنص المادة الأولى من هذا القانون على أن قوانين المواريث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية

ونؤكد بأن المشرع جعل من الدين مصدراً مادياً[٦٦٧] أو تاريخياً لعديد من مسائل الأحوال الشخصية فصدرت عدة قوانين أهمها :

قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠م وقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م بشأن تنظيم بعض مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين مثل المهر والنسب ، والحضانة ، والنفقة ، والعدة ، والطلاق ، والتفريق ، والغيبة (وقد عدلت بعض هذه المسائل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م الذي حل محل القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩م الذي حكم بعدم دستوريته) ، وقانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م وقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م ، وقانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م المعدل بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢م الصادر في ١٤ من سبتمبر/أيلول لإنهاء الوقف الأهلي وقصره على الخيرات[٦٦٨] وقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢م الخاص بالولاية على المال[٦٦٩] كما أن القانون المدني قد أفسح فيه المجال لتقنين أحكام الحالة والأهلية (المواد ٢٩ -٥١) والهبة (المواد ٤٨٦ ـ ٥٠٤) .

نخلص من ذلك إلى القول بأن المشرع ـ بوجه عام ـ جعل الشريعة الإسلامية تطبق، في غير الأحوال التي أفصح عن تركها إلى شريعة الخصوم، إذا توافرت إحدى هذه الحالات : الاختلاف في الدين والملة والطائفة [٦٧٠] أو عدم

.. هي قانون البلد فيما يتعلق بالمواريث والوصايا ، على أنه إذا كان المورث غير مسلم ، جاز لورثته في حكم الشريعة الإسلامية ، وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث بينهم طبقاً لشريعة المتوفي . انظر الأستاذ الدكتور أحمد سلامة : اتحاد الملة والطائفة كشرط لانطباق الشرائع الخاصة في مواد الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، مجلة مصر المعاصرة ،= = س ١٥١ ، العدد ٣٠٠ ، أبريل/نيسان سنة ١٩٦٠ ، ص ص٤١: ٧٠ ويؤكد سيادته بحق ، أن الاتحاد في الملة لا يكفي وحده لانطباق الشريعة الخاصة (ص ٤٥) بل لابد من الاتحاد في الملة والطائفة (ص٦١).

(٦٦٧) يحيى ص ١١١ ومنصور رقم ٤٦ ص ص ٨٨ : ٨٩ .

(٦٦٨) انظر لاحقاً دراستنا للوقف في إطار دراستنا لأنواع الأشخاص الاعتبارية ، الكتاب الثاني من هذا المرجع (نظرية الحق) .

(٦٦٩) كانت الولاية على المال منظمة قبل ذلك بقانون المجالس الحسبية الصادر في ١٣ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٢٥ الذي ألغي وحل محله قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧م .

(٦٧٠) يعترض البعض على ذلك وما يترتب عليه من تطبيق للشريعة الإسلامية على أنصار ديانة واحدة ومذهب واحد لمجرد اختلافهم في الطوائف ويعتبر ذلك التطبيق منطوياً على فرض لشريعة المسلمين على غيرهم مما قد يصدم – في نظر سيادته – مشاعر من لا يدينون بهذه الديانة وينطوي على شبهة الخروج على مبدأ حرية العقيدة ويتعارض مع الشريعة الإسلامية السمحة

وجود جهات قضائية ملية منظمة للخصوم وقت صدور القانون رقم ٦ لسنة ١٩٥٥م أو تعارض حكم شريعتهم مع النظام العام . مع ملاحظة أن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤م لغير المسلمين يجيز تطبيق شريعتهم في شأن المواريث والوصايا بشرطين وهما اتحاد الدين والملة والطائفة ومن جانب واتفاق ذوي الشأن المعتبرين ورثة في نظر الشريعة الإسلامية على الخضوع لشريعتهم الدينية كما سبق القول [٦٧١] . فيما عدا ذلك تنطبق الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها في مسائل المواريث المتعلقة بالمصريين مسلمين وغير مسلمين ، داخلاً في نطاقها تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال التركة إليهم. [٦٧٢]

وننوه في النهاية بتعديل دستوري أقره مجلس الشعب في ٣٠ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٠ للمادة الأولى دستور سنة ١٩٧١ الحالية . فأصبحت بمقتضاه مبادئ الشريعة الإسلامية "المصدر الرئيسي للتشريع" وليس مجرد "مصدر رئيسي للتشريع" كما كان الحال في ظل الصياغة الأولى لهذه المادة . وقد ترتب على هذا التعديل[٦٧٣] إلقاء مسئولية سياسية على عاتق المشرع لتنقية ما قد يشوب التشريعات السابقة على هذا التعديل من تعارض مع الشريعة الإسلامية ، أما التشريعات اللاحقة فإن هناك التزاماً دستورياً مفروضاً عليه بوجوب اتفاقها جميعاً مع هذه المبادئ وعدم خروجها عليها[٦٧٤] .

التي تنادي بترك أهل الذمة وما يدينون : الأستاذ الدكتور محمد شكري سرور ، نظام الزواج في الشرائع اليهودية والمسيحية ، دار الفكر العربي ، سنة ١٩٧٨ – ١٩٧٩م ، رقم ٤٦ ص ص٣٣ : ٣٤ .

(٦٧١) انظر سابقاً هامش رقم ٣٣٨ في نفس الصفحة ١٨٩ .

(٦٧٢) نقض مدني (الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية) ، ٢٥ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٥ ، مجموعة المكتب الفني ، س٤٥ رقم ٢١٢ ص ١٠٣٧.

(٦٧٣) منصور رقم ٨٤ ص ١٦٠ ويضيف سيادته أن التوجيه الدستوري هو توجيه سياسي ، وليس حكماً قانونياً ملزماً ، له حجة قوية عند وضع القواعد القانونية لمن يرى ملاءمة الأخذ بقاعدة مستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية إذ يكون رأيه في اتجاه السياسة العامة للدولة .

(٦٧٤) نقض مدني في ٢٣ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٨٢ ، طعن رقم ٢٣٧٠ س ٥١ ق منشور بالمدونة الذهبية للقواعد القانونية لأحكام محكمة النقض ، الإصدار المدني ، العدد الثاني ، المجلد الثاني ، ط ١٩٨٤ ، ص ١٥٨٢ وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في ٤ من مايو/أيار سنة ١٩٨٥ في القضية رقم ٢٠ س ١ ق (رقم ٧ س ٩ ق عليا) ، بمناسبة بحثها لمسألة عدم دستورية تقاضي فوائد تأخيرية حيث أوردت مثل ما أوردناه في المتن وأضافت أن المشرع الدستوري عندما نص على اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع لم يقصد أن يقوم القاضي بالإعمال المباشر لها وإهدار ما قد يتعارض مع هذه المبادئ من تشريعات مختلفة وتقصي هذه

ومفاد ما تقدم أن الدين يعد مصدراً رئيسياً للتشريع في مصر على النحو الذي عرضنا له، مع ملاحظة أنه كلما تقدم المجتمع تراجع الدين عن مكانتـــه كمصـــدر رئيسي مباشر يحكم النزاعات لصالح التشريع . وهذا لا يعني ابتعاد القانون نهائياً عن الدين ، فقد توضع القاعدة عن طريق التشريع الذي يعتبر عندئـــذ مصـــدرها الرسمي ، ويعتبر الدين مصدراً مادياً للقاعدة القانونية إذا استقى منه المشرع مادتها أو مضمونها[٦٧٥] .

المبادئ غير المقننة لتطبيقها بدلاً من النصوص الحالية لما قد يؤدي إليه ذلك من تناقض بين هـــذه القواعد وتهاتر للأحكام وزعزعة الاستقرار وخلصت من ذلك إلى أن المعنى بالنص الدستوري هو المشرع وليس القاضي (في نفس المعنى محكمة الإسماعيلية ، الدائرة الأولى المدنية والتجاريـــة ، اســـتئناف رقم ٢٢ لسنة ١١ ق تجاري والصادر في ٥ من يناير/كانون الثاني ســـنة ١٩٨٧ ، = = مجلة الحق (يصدرها اتحاد المحامين العرب)، س ١٩ ، ع ٣ ، سنة ١٩٨٨، ص ١٤٦ ومـــا بعدهـــا): انظر في انتقاد هذا الحكم لتفرقته بين التشريعات السابقة على القانون المدني واللاحقـــة عليه رغم مشروعية الفوائد التأخيرية من الوجهة الإسلامية: الزميل الأستاذ الدكتور أحمد محمـــود سعد ، الفوائد التأخيرية : دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية ، ط ١ ، ســـنة ١٩٨٦ وانظر حكماً آخر صدر في ١٦ من مايو/أيار سنة ١٩٩١ أكدت فيه المحكمـــة الدســـتورية العليا (الجريدة الرسمية ، العدد ٢٠ ، ١٦ من مايو/أيار سنة ١٩٩١ ص ٩٧٤) موقفهـــا الســـابق بمناسبة بحث مدى دستورية المواد ٢٦٧، ٢٦٩، ٢٧٧ من قانون العقوبـــات (جـــرائم الاغتصـــاب وهتك العرض والزنا) حيث قضت بأن .."الدستور إذ ألزم المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع بعد تعديل المادة الثانية من الدستور على نحو ما سلف فإن الدستور بذلك يكون قد توخي تقرير قيد لا ينصرف مداه من حيث الزمان سوى إلى التشريعات التي تصدر بعـــد التاريخ الذي فرض فيه هذا الإلزام بحيث إذا انطوي أي منها على ما يتعرض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع في حومة المخالفة الدستورية ، أما التشريعات السابقة على ذلك التاريخ فلم ينصرف قصد الدستور إلى إخضاعها لهذا القيد، ومن ثم تكون هذه التشريعات بمنأي عن الخضوع لحكمه ، وهو مناط الرقابة الدستورية" .

(٦٧٥) منصور رقم ٤٦ ص ص٨٨ : ٨٩ .

المبحث الثاني

المصادر الرسمية الاحتياطية

يعرف المشرع المصري مصادر رسمية احتياطية ثلاث هي العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

وتكمن مزية هذه المصادر في أنها تسعف القاضي عند عدم وجود نص قانوني يحكم النزاع فلا تتعطل لديه لغة الحكم لمجرد غياب النص القانوني ، بل يلجأ إليها على التوالي ملتمساً فيها الحكم القانوني الصائب . وبديهي أن امتناعه عن الحكم يعد جريمة هي جريمة إنكار العدالة (٦٧٦) .

وهنا نتساءل عن ماهية هذه المصادر الثلاث ، فنعرض لكل منها في مطلب مستقل .

المطلب الأول

العـــــرف La Coutume

العرف هو "المصدر الشعبي الأصيل الذي يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التي يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استقصائها على النص . ولذلك ظل هذا المصدر وسيظل إلى جانب التشريع مصدراً تكميلياً خصباً لا يقف إنتاجه عند حدود المعاملات التجارية بل يتناول المعاملات التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء"(٦٧٧).

فيعد العرف بذلك مصدراً رسمياً احتياطياً للتشريع علاوة على كونه مصدراً مادياً أو تاريخياً لهذا التشريع نفسه . لذا يطلق عليه القانون غير المكتوب أو غير

(٦٧٦) انظر لاحقاً هامش رقم ٤٧٥ ص ٢٢٤ .

(٦٧٧) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، جـ١ ، ص ١٨٨ .

المسطور[٦٧٨] أو غير المسنون [٦٧٩] (Jus non scriptum) [٦٨٠].

ونعرض هنا لماهية العرف (الفرع الأول) وكيفية إثباته (الفرع الثاني) ومكانته في القانون المصري بوجه خاص (الفرع الثالث) ومصدر قوته الملزمة (الفرع الرابع) وبعد ذلك نوضح مدى سلطة محكمة النقض في رقابة قضاء الموضوع على تطبيقه (الفرع الخامس) .

فإذا انتهينا من ذلك كله بات منطقياً أن نضع العرف في ميزان النقد فنعرض لمسألة تقديره ببيان مزاياه وعيوبه (الفرع السادس) .

الفرع الأول
ماهية العرف

نفرد هذا الفرع لتعريف العرف والتمييز بينه وبين ما يشتبه به ، وحتى تتضح لنا ماهية العرف نفسح المجال لبيان أركانه .

أولاً : تعريف العرف : يمكن تعريف العرف بأنه اعتياد الناس على سلوك معين في مسألة معينة مع اعتقادهم في إلزام هذا السلوك لهم ، فهو بعبارة وجيزة سلوك معتاد ملزم أو اعتياد ملزم[٦٨١] .

ولم يأت هذا الاعتياد من فراغ فهو وليد إرادة مدبرة مفكرة [٦٨٢] غير معلومة المصدر[٦٨٣] تورث في النفوس احترامها واتباعها . ولن يظهر معنى العرف لنا

---

(٦٧٨) مرسي مصطفى رقم ١٥٩ ص ١١٩ .
(٦٧٩) مرقس رقم ١٤ ص ٢٩ .
(٦٨٠) ويلاحظ البعض بحق أن تعريف العرف بأنه قانون غير مكتوب هو تعريف سلبي غير مستمد من الخصائص الذاتية للعرف ، كما أنه وأن ميز بين العرف والتشريع فهو يعجز عن التمييز بينه وبين غيره من مصادر القواعد الأخرى غير المكتوبة (تناغو رقم ١٢٧ ص ٤٢٤) .
(٦٨١) منصور رقم ٧٠ ص ١٣٢، ، وكيره رقم ١٤٨ ص ٢٧٢، ومرقس رقم ١٤١ ص ٣٨٦ ، وعرفة ص ٦١، ، وحجازي رقم ٣٥٠ ص ٤٤٧، وشنب رقم ٦٧ ص ٨٥ ، وسلامة رقم ٦٦ ص ١٤١ ، وتناغو رقم ١٢٧ ص٤٢٤ وخضر رقم ١٥٣ ص ١٧٧ وجمعه ص ١٩٢ ، والمهدي ص١٥٥، ونجيده ص ١١٩ ، وكامل رقم ٦٦ ص ١٢٩ وجلال إبراهيم رقم ١٢٨ ص ٢٣٣ .
(٦٨٢) عكس ذلك جمعة ص ١٩٣ حيث يشير سيادته صراحة إلى أن العرف لا تتدخل في تكوينه إرادة مدبرة مفكرة .
(٦٨٣) قريب من ذلك ما يقول به البعض (تناغو رقم ١٢٧ ص ٤٢٤) من تعريف العرف بأنه سنة يتبعها الناس مع شعورهم بإلزامها إلزاماً قانونياً فمن المعروف أن السنة هي مسلك فردي بالمقابلة للعرف وهو مسلك جماعي ، فالسنة تعد نواة للعرف .

بصورة واضحة إلا بعد أن نميز ، بينه وبين ما يشتبه به من أمور وهـي العـادة الاتفاقية والعادة الاجتماعية والقاعدة القانونية المكملة . فإذا اتضح لنا ذلـك كـان سهلا ميسور الاستفاضة في شرح ركني العرف وهما الاعتياد والشعور بالإلزام .

ثانياً : التمييز بين العرف وما يشتبه به : نميز في هذا المقام ، كما قدمنا ، بين العرف والعادة بنوعيها الاتفاقية والاجتماعية والقاعدة القانونية المكملة :

١ – **العرف والعادة الاتفاقيـة**[٦٨٤] (Règle coutumière et Usage conventionnel):

يتفق العرف مع العادة الاتفاقية في كونهما من خلق المعـاملات ومصـدرهما غير معلوم يقيناً ، فكلاهما درج عليه العمل باطراد ، وإلى هنا ينتهي اتفاقهما ويبدأ خلافهما : ففي حين يعد العرف قانوناً يطبقه القاضي من تلقاء نفسه لافتراض علمه به ، نجد أن العادة الاتفاقية [٦٨٥] هي مجرد اعتياد يفتقر إلى الإلزام بغيـر سـند اتفاقي . فمصدر التزام الأطراف بالعرف هو استجماعه لـركنين مـادي (وهـو الاعتياد) ومعنوي (وهو الشعور بالإلزام) ، أما العادة الاتفاقية فهي عرف مجـرد من الركن المعنوي [٦٨٦] أو هي عرف في طور التكوين[٦٨٧]، ومفاد ذلك أن تطبيق القاضي لها رهين باتفاق الأطراف على إعمالها . وهي بذلك تخالف العرف الـذي

---

(٦٨٤) انظر مع ذلك ما يقول به القاضي ص ١٩٤ من أنه في رأيه لا محل لهذه التفرقة إذ لو حللـنـا العقـوبات الجنـائية العرفية التي كانت مطبقة في بعض البلاد ، لوجدنا أنها هـي الأخـرى لا تخرج عـن كونها عادات اتفاقية، ولكن بدلاً من أن تفسر علاقة بين دائن ومدين في عقـد مـن العقود ، تفسر علاقة بين الهيئة الاجتماعية والمتهم في حالة إخلال هذه الأخيرة بالنظام العام .

(٦٨٥) ونحن مع من يقول إن الأصح هو وصفها بأنها عادة إرادية لأن تطبيقها لا يقتصر على العقود بل على التصرفات الإرادية سواء كانت عقدية أو من جانب واحد ، وإن جاز وصفها بأنهـا إراديـة كذلك تسمية للكل باسم الجزء : تناغو رقم ١١ ص ٤٣٥ .

(٦٨٦) فإذا شاع الشعور بإلزام العادة الاتفاقية أصبحت عرفاً ملزماً : كيره رقم ٥١ ص ٢٧٩ ، وعبـد الباقي رقم ١٢٦ ص ص١٩٩ : ٢٠٠ ، وفرج رقم ١٥٧ ص ٢٤٥ وأبو السعود ص ٦٤٤ .

(٦٨٧) حـجازي رقم ٣٥٦ ص ٤٥٣ أو هي ركـن مـادي للعـرف (تنـاغو رقـم ١٣١ ص ٤٤٢، وشـنـب رقـم ٧١ ص ٩١، ويحيى ص ١٢١ وفـرج رقم ١٥٧ ص ٢٤٥ وأبـو السـعود ص ٦٤٤) أو عـرف بلا شرط الإلزام (السنهوري وأبو ستيت رقم ٧١ ص ٨٣ هامش رقـم ١ وسلطان رقم ٦٧ ص ٦٩) أو عرف ناقص (عبـد البـاقي رقـم ٢٤ ص ١٩٧ والجـمـال والعدوي ص ٤٢) .

يطبق ولو جهل الأطراف حكمه .

ويترتب على التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية واعتبار الأولى دون الثانية قانوناً بالمعنى الصحيح أمور أربع تتعلق بمدي جواز الاعتذار بالجهل وطبيعة الالتزام بها ومدى التزام القاضي بتطبيقها ومدى رقابة قضاء النقض على إعمالها :

أ ــ مدى جواز الاعتذار بالجهل بها : لا يجوز الاعتذار بالجهل بالعرف ، فهو يطبق ولو جهل الأطراف حكمه ، أما العادة الاتفاقية فلا يثور ذلك بشأنها لأن مناط الالتزام بها هو الإرادة الصريحة أو الضمنية أو المفترضة للأطراف[٦٨٨].

ب ــ طبيعة الالتزام بها : تطبيق العادة مرهون بإرادة الأطراف إن شاءوا اتفقوا عليها وإن شاءوا نبذوها ، على خلاف العرف الذي يطبق بوصفه قاعدة قانونية مفروضة على الإرادات الفردية[٦٨٩] .

جـ ــ مدى التزام القاضي بتطبيقها : يلتزم القاضي بتطبيق العرف من تلقاء نفسه ولو لم يطلب إليه إلا لأطرافك لأن العلم بالقانون مفترض في جانبه ، أما العادة الاتفاقية فلا يلتزم القاضي بها إلا إذا اتفق الأطراف صراحة أو ضمناً على إعمالها وتمسكوا بذلك في مواجهته[٦٩٠] . ويلاحظ أن المشرع إذا أحال إلى قاعدة اتفاقية يكون ذلك من الناحية العملية بمثابة اتفاق ضمني على الأخذ بها ، أما من الناحية القانونية فحكمها هو نفس حكم القواعد المكملة [٦٩١] .

د ــ مدى رقابة قضاء النقض على إعمالها : الأصل أن تراقب محكمة النقض قضاء الموضوع في شأن وجود وتطبيق وتفسير القاعدة العرفية أسوة بالقاعدة القانونية ، أما العادة الاتفاقية فيراقب قضاء النقض تطبيقها وتفسيرها بعد أن يقيم أحد الأطراف الدليل عليها ويتمسك بإعمالها[٦٩٢]، بمعنى أن القاضي ينزلها منزلة بنود الاتفاق فلا يسأل عن تطبيقها السليم إلا بعد أن يعلم بها لأن علمه بها لا

---

(٦٨٨) الرضا المفترض هو في الواقع ليس رضاء حقيقياً وإنما يفترض القانون وجوده ويعتبر أن إرادة الطرفين قد رضيت بالأخذ بحكم العادة مع أن الطرفين يجهلانها تماماً . ومثال ذلك المادة ١/٤٥٧ من القانون المدني التي تنص على أن يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف (يقصد به العادة) يقضي بغير ذلك : سلامة رقم ٧٣ ص ١٦٢ .

(٦٨٩) تناغو رقم ١٣١ ص ٤٣٥ .

(٦٩٠) جمعة ص ٢٠٨ .

(٦٩١) السنهوري وأبو ستيت رقم ٨٢ ص ٩٨ وفرج رقم ١٥٧ ص ٢٤٦ .

(٦٩٢) خضر رقم ١٠٥ ص ١٨٠ .

يفترض[٦٩٣] .

مع ذلك فإن الخلط دارج بين العرف والعادة[٦٩٤] ، فقد يستعمل لفظ العرف ويقصد به العادة[٦٩٥]، وقد يستعمل مصطلح العادة ويقصد به العرف[٦٩٦] .

وحتى يتضح هذا الفارق نضرب عدة أمثلة للعادة : احتساب المائة مائة وعشرة أو مائة وعشرون عند بيع الفاكهة بسعر المائة ، وبيع البامية على أساس المائة في بعض مناطق البصرة[٦٩٧] ، وبيع المشمش والخوخ والبرقوق بالدستة في بوليفيا وإضافة نسبة مئوية معينة (١٠% أو ١٥%) لصالح عمال الخدمة (الجرسونات) في المطاعم والملاهي والنوادي والمقاهي وغيرها من المحال العامة في صورة وهبة أو بقشيش[٦٩٨]، واقتسام الأرباح بنسبة الثلث لصاحب حصة العمل والثلثين لصاحب رأس المال[٦٩٩] .

أيا كان الأمر فإن العادة الاتفاقية ، ولو سميت عرفاً ، لها فضل غير منكور في شأن تيسير المعاملات لاسيما وأن وضوحها يغني الأطراف عن الصياغة المحكمة لها ويعفي القاضي من الخوض في النوايا لمعرفة مكنون الإرادة . وإن كان الملاحظ أن القضاء يتشدد في تقصي شروط الركن المادي في العادة كما يفعل بشأن العرف .

٢ ــ **العرف والعادة الاجتماعية** : تتمثل القاعدة العرفية والعادة الاجتماعية في

---

(٦٩٣) البدراوي رقم ٢٠٨ ص ٣٢١ وسلامة رقم ٧٣ ص ١٦٣ .

(٦٩٤) السنهوري وأبو ستيت رقم ٧١ ص ٨٣ هامش رقم (١) وهو ما ينوه به أيضاً كيره رقم ١٥١ ص ٢٧٨ بقوله إن المشرع يترخص في تسمية العادة في الغالب بالعرف .

(٦٩٥) يحيى ص ١٢١ وانظر مثال ذلك المواد ٤٣٢ و ١٠١٩ من القانون المدني .

(٦٩٦) انظر في استعمال مصطلحات العادة والعرف والواجب كمترادفات: محكمة ملوي الجزئية الأهلية، ٢٥ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٤١ ، مجلة المحاماة ، العددان الأول والثاني ، السنة الثانية والعشرون رقم ٦٨ ص ١٨٣ : ١٨٤ (وانظر في عرض هذا الحكم الهامش اللاحق رقم ٣٩٢ ص ١٧٧) والزيات ص ٣٨ وما بعدها .

(٦٩٧) بدير ص ١٧٨ .

(٦٩٨) وقد نوه البعض بأن هذا الأمر سيصبح عرفاً (عبد الباقي رقم ١١٥ ص ١٨١) في حين أكد البعض أنه عرف بالفعل (سلامة رقم ٧٣ ص ١٦٢) وقال البعض الآخر بأنه عرف في بعض الحالات فقط (منصور رقم ٧٣ ص ١٣٦) .

(٦٩٩) ومن أمثلتها أيضاً العادة التجارية التي تقضي بأن أسعار القطن في سوق منيا البصل بالإسكندرية خاصة بالقطن المحلوج وعلى أساس أن القنطار مائة رطل بينما يعتبر موضوع التعامل في الأسواق الداخلية هو القطن غير المحلوج وعلى أساس أن القنطار ثلاثمائة وخمسة عشر رطلاً بما في ذلك البذرة (خضر رقم ١٥٥ ص ١٧٩ هامش رقم ١) .

سلوك مُطّرد يستقر في وجدان متبعيه الشعور بإلزامه لهم . فتعد العادة الاجتماعية كالعرف تماماً أو بعبارة أخرى هي عرف مستكمل لركنيه المادي والمعنوي .

مع ذلك فإن ما يفرقهما هو أن القاعدة العرفية تتصل بالعلاقات القانونية في حين أن العادة الاجتماعية تدخل في باب المجاملات [٧٠٠] ، فمن عاداتنا الاجتماعية أن نتبادل التهاني والتعازي والهدايا في المناسبات المختلفة .

وجدير بالذكر أنه ليس هناك ما يمنع من أن تتحول عادة اجتماعية إلى عرف بمرور الوقت وهذا هو ما انتهت إليه محكمة ملوي الجزئية في ٢٥ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٤١ [٧٠١] ، فحكمت بأن تقديم نقطة "الزواج" تعد عرفاً وأجازت مطالبة المهدي لها برد مقابل ما أهدي إليه في مثل هذه الظروف[٧٠٢] .

٣- **العرف والقاعدة القانونية المكملة** : تتفق القاعدة العرفية مع القاعدة القانونية المكملة في كونها قاعدة قانونية وضعت لتحكم سلوكاً معيناً، وتختلف معها في المصدر: فمصدر القاعدة العرفية غير معلوم يقيناً فهي قاعدة قانونية من خلق مجتمع الجهة التي ينطبق فيها، أما مصدر القاعدة القانونية المكملة فهو نص قانوني صادر من جهة تشريعية مختصة[٧٠٣] .

وجدير بالذكر أن العرف يعد كغيره من القواعد القانونية إما قواعد آمرة أو قواعد مكملة فقد بدأت امتيازات الأجانب في مصر في شكل عرف آمر [٧٠٤] ،

---

(٧٠٠) يحيى ص ١٢١ وجمعة ص ١٩٨ .

(٧٠١) انظر سابقاً هامش رقم ٣٥٦ ص ١٩٥ ولاحقاً هامش رقم ٤١٨ ص ٢٠٦ .

(٧٠٢) وليس هناك ما يحول من انقراض عادة اجتماعية فتصبح نسياً منسياً ، وهذا هو ما نستطيع أن نؤكده بشأن تقبيل الأبناء يد الآباء والأجداد . فقد أصبحت هذه العادة غير واردة في المدن وإن كانت تجد لها مجالاً خصباً في الريف كذلك الحال بالنسبة لعادة ختان الإناث . وانظر في استعراض العادات الدارجة لسكان القاهرة في القرن ١٨ : الزميل الدكتور أيمن فؤاد سيد في كتابه المترجم، وصف مدينة القاهرة وقلعة الجبل مع مقدمة عن التطور العمراني المدينة القاهرة منذ إنشائها وحتى سنة ١٨٠٠م (ترجمة كتاب العالم الفرنسي جومار المنشور ضمن كتاب وصف مصر الشهير)، الناشر مكتبة الخانجي بالقاهرة سنة ١٩٨٨م ص ٣٠٨ و ٣٠٩ .

(٧٠٣) نسجل هنا أن القاعدة المكملة تطبق كلما تخلفت الإرادة الصريحة أو الضمنية للأفراد على تنظيم مخالف ، في حين أن العادة الاتفاقية تطبق عند وجود إرادة صريحة أو ضمنية من الأفراد بإعمالها (يحيى ص ١٢٤ وأبو السعود ص ٦٤٤ وهمام ص ٧٥) وإذا اعتبرنا العادة التي يحيل عليها المشرع استناداً إلى الرضا المفترض للأفراد عادة وليست قاعدة قانونية فهذا يؤدي بنا إلى القول بقيام فارق آخر بين العادة والقاعدة المكملة فتعطي الأولوية عند التطبيق للعادة (سلامة رقم ٧٣ ص ١٦٣) .

(٧٠٤) كيره رقم ١٥١ ص ٢٧٨ والإهواني رقم ٢٠٦ ص ١٦٦ .

شأنها في ذلك شأن استبدال المرأة اسم عائلة زوجها باسم عائلتها في كثير من الدول (قنن هذا العرف في فرنسا بقانون صدر في ٦ من فبراير/شباط سنة ١٨٩٣م). [٧٠٥]

ثالثاً : أركان العرف : ركنان : يتعين تمتع العرف بركنين ليعد عرفاً بالمعنى الدقيق وهما الاعتياد (ركن مادي) والشعور بالإلزام (ركن معنوي) [٧٠٦] . وهذا هو ما نعرض إليه الآن :

الركن المادي : الاعتياد على سلوك معين

Élément Materiel :conviction juridique

يتمثل الركن المادي للعرف في الاعتياد على سلوك معين استجابة لنزعة التقليد التي تحكم سلوك الإنسان في حياته اليومية[٧٠٧] . ويتعين أن تستجمع القاعدة العرفية أربعة شروط هي على التوالي : العموم والقدم والثبات وعدم المخالفة للنظام العام والآداب :

الشرط الأول : العموم (Généralité) : ويقصد بذلك أن تكون القاعدة العرفية عامة الاتباع من جانب الناس ، ولا يجب أن يفهم من ذلك أن العموم مرادف للشمول لأن الشمول يستدعي أن تكون القاعدة العرفية مطبقة في كل أرجاء الدولة على الناس كافة ، وهذا يتعارض مع كون العرف ، أحياناً ، إقليمياً أو طائفياً . فقد يقتصر العرف على إقليم معين من أقاليم الدولة أو على حي معين بأحد أقاليمها أو على طائفة حرفية أو مهنية محددة[٧٠٨]. ويختلف العموم عن الشمول [٧٠٩] اختلافه

---

(٧٠٥) تناغو رقم ١٢٩ ص ٤٢٧ وفي حالة الحكم بالتفريق الجسماني يجوز للمحكمة أن تأمر الزوجة بالامتناع عن التسمي باسم زوجها أو أن تسمح لها بذلك : مرقس رقم ١٤٧ ص ٤٠٥ .

(٧٠٦) ليس من أركان العرف عدم مخالفته للمعقول لمرونة مصطلح المعقول وعدم انضباطه وارتباطه بتطور المفاهيم في المجتمع ، أو عدم مخالفته لنص تشريعي آمر أو مكمل لاختلاف نشأة العرف عن تطبيقه، فالنص التشريعي قد يقيد تطبيق القاعدة العرفية ولكنه لا يصادر حقها في النشوء والوجود (انظر في عرض ذلك : سلامة رقم ٦٧ ص ص ١٤٤ : ١٤٧) كما أنه ليس من أركان العرف أن يكون سديداً غير ظاهر التعارض مع العدل والحق (عرفة ص ٦٣) أو متوافقاً مع المبادئ العامة إذا كان عرفاً حديث (عرفة ص ٦٦) غير مخالف للعدالة والآداب (قانون رقم ١٥ لسنة ١٩١١ بشأن تطبيق عوائد شبه جزيرة سيناء على أهلها : مرسي ومصطفى رقم ١٦٢ ص ١٣٩) فالحق أن العرف ليس له سوى الركنين الواردين في المتن وما عدا ذلك هو مجرد أوصاف لركنه المادي يتحراها القضاء .

(٧٠٧) السنهوري وأبو ستيت رقم ٧١ ص ٨٤ هامش رقم (١) .

(٧٠٨) فيكون بذلك عرفاً عاماً أو خاصاً :الزيات ص ٤٧ هامش رقم (٢) .

(٧٠٩) هذا ما لم نعتبر أن المقصود بالشمول هو الشمول الإقليمي أو الحرفي أو الطائفي أو المهني وليس الشمول لكل أقاليم الدولة وحرفها وطوائفها ومهنها : انظر في هذا المعنى (يحيى ص ١١٧).

عن الإجماع [٧١٠] ، فليس متطلباً أن يجمع الناس كلهم على سلوك معين بل يكفي أن يشيع هذا السلوك بينهم ولو خالفه عدد محدود منهم، فيكفي الشيوع وليس الإجماع في هذا الصدد .

ويلاحظ أن وجود العموم لا يتأثر بأن يكون من درج على الإتيان المُطّرد للعادة هو شخص واحد فقط مادام هذا الشخص غير معين بذاته ، فيمكن لرئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الشعب أو رئيس مجلس الشورى أو أحد الوزراء أن يدرج على سلوك معين مستوف للركنين المادي والمعنوي للعرف حتى يجعل انتهاج السلوك نفسه عرفاً لكل من يأتي من بعده[٧١١] .

الشرط الثاني : القدم Ancienneté : نعني بذلك أن يكون السلوك المعتاد قديماً في نشأته واتباعه ، ويخضع تقدير القدم ، وهو من مستلزمات الاطراد[٧١٢] ، لتقدير قاضي الموضوع . فشرط القدم متغير المدة بحسب طبيعة السلوك ، فالمدة الزمنية لتحول العادة إلى عرف ليست دائماً واحدة بالنسبة لكل صور السلوك[٧١٣] . وان كان عدم تذكر جيل معاصر لتاريخ بدء العمل بالسلوك المُطّرد يعد كافياً [٧١٤]

---

(٧١٠) منصور رقم ٧١ ص ١٣٣ وسلامة رقم ٦٧ ص ١٤٤ .

(٧١١) لم تعرف الصياغة الأولى لدستور الولايات المتحدة الأمريكية الصادر سنة ١٧٨٧م والمعمول به حتى الآن حداً أقصى لعدد المرات التي يمكن فيها إعادة انتخاب رئيس الجمهورية ، ولكن الرئيس جورج واشنطن أول رؤساء هذه الدولة (وكان من الحزب الاتحادي) حكم لمدتين فقط من سنة ١٧٨٩م حتى سنة ١٧٩٧م (٨ سنوات) ورفض إعادة انتخابه لمرة ثالثة واعتبر ذلك سابقة يستحيل خرقها والخروج عنها واحترمها كل من أتى بعده حتى جاء فرانكلين روزفلت (وكان من الحزب الديمقراطي)، وهو الرئيس رقم ٣١ في تاريخ الولايات المتحدة الأمريكية وخرق هذه القاعدة وحكم لثلاث مدد من سنة ١٩٣٣م إلى سنة ١٩٤٥م (١٢ سنة) بحجة أن الظروف الاستثنائية التي تمر بها البلاد وهي اشتعال الحرب العالمية الثانية تحول دون احترامه لهذه القاعدة .وفي ٢٦ من فبراير/شباط سنة ١٩٥١م قرر الشعب الأمريكي تعديل الدستور (التعديل رقم ٢٢) ليحظر إعادة انتخاب رئيس الجمهورية لأكثر من مرة واحدة. انظر في ذلك كله: سعاد الشرقاوي ص ص١٦٩:١٦٨ هامش رقم٢ وص٢٠٦.

(٧١٢) سلامة رقم ٦٧ ص ١٤٣ .

(٧١٣) يحيى ص ١١٧ .

(٧١٤) يشير البعض (سلامة رقم ٦٧ ص ١٤٣ هامش رقم ١) إلى قانون إنجليزي صدر سنة ١٢٧٥م يستوجب لوصف العادة بالقدم أن يرجع وجودها إلى عهد الملك ريتشارد قلب الأسد وحددها بسنة ١١٨٩ م ، ويؤكد سيادته بأن القضاء يتخذ من نشوء العادة في تاريخ سابق على تاريخ ميلاد أي شخص لا يزال على قيد الحياة قرينة على رجوع العادة إلى هذا التاريخ .

كقاعدة عامة للقول بتوافر الاستقرار[٧١٥].

الشرط الثالث : الثبات Constance : يعد السلوك المُطّرد ثابتاً إذا كان دائم الاتباع في جهة معينة . ويفترض الثبات التكرار أي اتباع السلوك أكثر من مرة[٧١٦] . والغالب أن استقرار الفقه أو القضاء على تحول عادة معينة إلى عرف يُمد السلوك المعتاد بشرط الثبات[٧١٧] .

الشرط الرابع : عدم مخالفة النظام العام والآداب [٧١٨] : ومفاد ذلك هو ألا يكون في اتباع هذا السلوك مساساً بالأسس الرئيسية التي يقوم عليها المجتمع [٧١٩] . يستوي في ذلك أن يكون العرف إقليمياً أو محلياً أو مهنياً أو حتى شاملاً . فشمول العرف لسائر البلاد لا يعطيه الأولوية في التطبيق على حساب النظام العام والآداب. فعلى سبيل المثال لا يعد عرفاً ما جرى عليه أهل الصعيد من الأخذ بالثأر أو ما درج عليه عموم الناس من استمراء التهرب من سداد الرسوم الجمركية .

وبديهي أن ربط استكمال الركن المادي للعرف باستيفاء هذا الشرط الأخير يفتح الباب على مصراعيه أمام رياح التطوير والتغيير التي تهب على المجتمع ، فعلى سبيل المثال كان المجتمع ينظر إلى عقد الوساطة في الزواج (الخاطبة) والعقد الذي يبرم مع الهتّافة ليصفقوا ويهللوا للفنانين لدى ظهورهم على المسرح ترويجاً للعمل الفني على أنه مخالف للنظام العام والآداب بحجة أن الأول يستفيد فيه الوسيط من عمولة مزدوجة من راغبي الزواج إذا تم العقد مما يجعله يسرف في مدح صفات كل منهما للآخر على حساب الحقيقة حتى يتقاضى عمولته أما الثاني فكان فيه خداع للجمهور . هذه النظرة تغيرت الآن وأصبح ينظر إلى عقد الوساطة في الزواج على أنه وسيلة مشروعة للتقريب بين راغبي الزواج كما بات ينظر إلى العقد مع الهتّافة على أنه وسيلة لتشجيع الفنانين على الإجادة والتميز في الأداء[٧٢٠].

---

(٧١٥) الوكيل رقم ١١٠ ص ١٨٣ .

(٧١٦) وهذا ما يعبر عنه بالقول بأن مرة واحدة ليست عرفاً Une fois n'est pas coutume : مرقس رقم ٤٢ ص ٣٧٨ وحجازي رقم ٣٥٢ ص ٤٤٨ وكذلك : CARBONNIER، op.cit.، p.29.

(٧١٧) يحيى ص ١١٨ .

(٧١٨) وهو بمثابة شرط خارجي :السنهوري وأبو ستيت رقم ٧٥ ص ٨٨ .

(٧١٩) انظر سابقاً دراستنا للنظام العام والآداب ص ٨١ وما بعدها .

(٧٢٠) انتشرت الآن الخاطبة في الولايات المتحدة الأمريكية وأوربا الغربية وهي الآن في الغالب جهاز حاسب مبرمج يزود بطلبات كل طرف ومواصفاته ليتسن له اقتراح الشريك الأنسب على راغب الزواج نظير مبلغ مالي محدد . انظر سابقاً ص ٧٨ .

ونشير في هذا المقام إلى حكم لمحكمة النقض المصرية انتهت فيه إلى أن الجعل المادي الذي يتفق غير المسلمين على أن تدفعه الزوجة لزوجها عند الزواج لا يخالف النظام العام(٧٢١) شأنه في ذلك شأن نظام الرهبنَّة(٧٢٢) المعروف لدى بعض الطوائف المسيحية في مصر والذي يدخل بمقتضاه الشخص مجرداً من كل مال ليتثقف ويربي وفقاً لأحكام الديانة المسيحية على نفقة الدير ويصبح بذلك مملوكاً للكنيسة (٧٢٣) .

علي أية حال فان مخالفة العادة للنظام العام والآداب يحرمها من صفة العرف(٧٢٤). فإذا اعتاد الناس سلوكاً معيناً مخالفاً للنظام العام والآداب ظل معتبراً سلوكاً غير مشروع(٧٢٥) حتى يتغير النظام العام أو تتبدل الآداب (٧٢٦) .

الركن المعنوي : الشعور بالإلزام : Élément Moral / Psychologique : Opinio Necessitatis/opinio juris/Animus يقصد بذلك أن يسود الشعور اليقيني لدى الناس بأنهم ملزمين باتباع السلوك المُطّرد بشأن مسألة معينة . وهنا يختلف الشعور بالاحترام عن الشعور بالإلزام : فالأول يسبق الثاني ، فيحترم الناس سلوكاً معيناً ولا يشعرون بإلزامه إلا بوجود جزاء على مخالفته . فبديهي إذن أن الجزاء نال الاحترام . بعبارة أخرى أن الشعور بالإلزام ينشأ في مرحلة وسيطة بين شيوع الاحترام ووجود الجزاء ، فالإلزام ناتج عن قيام العرف أما الشعور بالإلزام فهو

---

(٧٢١) نقض مدني في ١٢ من يوليه/تموز سنة ١٩٥٢ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣ رقم ١٨٧ ص ١١٨٧ ومجموعة القواعد القانونية في خمس وعشرين سنة ، الجزء الأول ، رقم ١٧ ص ١١٩ .

(٧٢٢) نقض مدني في ١٤ من مايو/أيار سنة ١٩٤٢ ، مجموعة عمر ، الجزء الثالث رقم ١٥٥ ص ٤٣١ و ٣١ من مايو/أيار سنة ١٩٦٦ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٧٦ ص ١٢٩١ .

(٧٢٣) يعترض البعض على هذا الحكم بقوله أنه أصاب في إخضاع نظام الرهبنة للقانون ولكنه لم يصب في إخضاعه لفكرة النظام العام : تناغو رقم ١٣٣ ص٤٤٢ هامش رقم٣١٩ ص٤٤٢ وتكملته ص٤٤٣.

(٧٢٤) لذلك لا يمكن القول بأن العرف المخالف للنظام العام المتمثل في قاعدة قانونية آمرة لا يطبق احتراماً لقاعدة التدرج التشريعي وكون العرف مصدراً احتياطياً لتشريع لسبب بسيط وهو أن العرف لا يتكون إلا إذا كان متفقاً مع النظام العام والآداب فإذا لم يتفق معهما كان مجرد عادة غير مشروعة (انظر عكس ذلك خضر رقم ١٥٤ ص ١٧٨ هامش رقم (١)) .

(٧٢٥) جمعة ص ٢٠٥ .

(٧٢٦) انظر ما يطالب به البعض من تحديد لهذا القول : سلامة رقم ٦٧ ص ص١٤٦ : ١٤٧ .

الركن المعنوي المتطلب لوجود العرف نفسه(٧٢٧).

وجدير بالذكر أن إقامة الدليل على هذا الركن المعنوي ليست باليسيرة ، فيتنافس الخصوم في تقديم هذا الدليل ودحضه حتى يستقر وجدان القاضي على الحكم الواجب الاتباع . بمعنى أنه إذا كان الركن المعنوي للعرف متمثلاً في الشعور بالإلزام لدى الأفراد ، فإن مناط تطبيقه هو ثبوت ذلك لدى القاضي حتى يطبقه بوصفه قانوناً واجب الاتباع(٧٢٨) .

ويدق الأمر في شأن مدى إلزام القوانين النموذجية (Model Rules) والإرشادية (Guide Lines) التي تنشرها الأمم المتحدة لتجارة الدولية United Nations commission on international Trade Law : UNCITRAL / Pour le Droit Commercial International : des Nations Unies Commission CNUDCI United Nations industrial : UNIDO :

أو منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية United Nations industrial : UNIDO :Development Organisation/Organisation des Nations Unies Pour le Dévelopment Industriel

أو جهات خاصة ذات صيغة دولية من الوجهة العملية مثل غرفة التجارة الدولية بباريس International Chambre of Commerce : ICC/Chambre de Commerce International : CCI .

ولا يراودنا الشك في أن معظم هذه القواعد تعد بمثابة تقنين لعرف دولي مستقر لا سيما في مجال المعاملات المصرفية ولا تفتقر من ثمة لصيغة الإلزام القانوني . مع ذلك فالأمر مرده إلى قناعة القاضي بارتقاء هذه القواعد إلى مرتبة القانون ، وهو ما لا نظنه عسير المنال بالرجوع إلى أهل الخبرة والاختصاص في هذا المجال المعنى . ولتقريب المعنى نضرب مثالاً بقواعد غرفة التجارة الدولية في مجال الاعتمادات المستندية حيث لا يتردد رجال البنوك المركزية في العالم في اعتبارها – كقاعدة عامة– تقنيناً لعرف مصري واجب الاتباع .

الفرع الثاني

مكانة العرف في القانون : الوضع في القانون المصري

(٧٢٧) عبد الباقي رقم ١١٧ ص ١٨٤ ، وشنب رقم ٦٩ ص ٨٩ وجمعة ص ٢٠٦ .

(٧٢٨) السنهوري وأبو ستيت رقم ٧٢ ص ٨٤ وعمران ص ١٠٦ .

يميز الفقهاء بين أنواع ثلاثة للعرف هي على التوالي[٧٢٩] العرف المكمل للتشريع والعرف المعاون للتشريع والعرف المخالف للتشريع ، ونعرض لكل نوع من هذه الأنواع بشيء من التفصيل متخذين من موقف المشرع المصري مثالاً تطبيقياً .

أولاً : العرف المكمل للتشريع (Coutume Praeter Legem) : يكمل العرف ما يعتور التشريع[٧٣٠] من نقص أو إبهام ، مقصود أو غير مقصود ، من المشرع[٧٣١]، بوصفه مصدراً تكميلياً مرناً يسد جانباً من نقص التشريع ويعينه على مسايرة التطور الدائم في نطاق الروابط الاجتماعية[٧٣٢] .

ويختلف حجم ونطاق الدور التكميلي للتشريع بحسب أهمية جوانب النقص والقصور التي تعتور النصوص القانونية[٧٣٣]، يستوي في ذلك أن تكون نصوصاً آمرة أو مكملة، [٧٣٤] وهذا ما سنوضحه باستعراض الدور المكمل للعرف في القانونين العام والخاص :

١- **العرف المكمل للقانون العام** : يشغل العرف موقعاً متميزاً في سائر فروع القانون العام وهو ما نلحظه بوجه خاص في الأمثلة الآتية :

أ ــ **العرف المكمل للقانون الدستوري** : تزيد أهمية هذا النوع من العرف في الدساتير المرنة التي يمكن تعديلها وفقاً للإجراءات المتبعة في تعديل القوانين العادية ، وتقل إلى درجة كبيرة في البلدان التي تأخذ بدساتير جامدة لا يمكن تعديلها إلا بإجراءات خاصة مختلفة عن الإجراءات المتبعة في تعديل القوانين العادية .

---

(٧٢٩) تسمو قواعد العرف الدستوري على قواعد التشريع العادي كلها تطبيقاً لقاعدة التدرج التشريعي ، فقواعد القانون يعلو بعضها على بعض بحسب ما إذا كانت قواعد أساسية أو عادية أو فرعية وليس بحسب المصدر الذي نشأت عنه ، فكل مصادر القانون قادرة على إنشاء القواعد القانونية على اختلاف درجاتها ولا يوجد مصدر يتخصص في إصدار القواعد العليا وآخر يتخصص في إصدار القواعد الدنيا (تناغو رقم ١٤٥ ص ص ٤٧٤ : ٤٧٥) .

(٧٣٠) ونؤكد أن التشريع كثيراً ما يقوم هو بتكملة العرف (تناغو رقم ١٤٦ ص ٤٧٦) .

(٧٣١) سلامة رقم ٦٩ ص ١٤٩ وعبد الباقي رقم ١٢٢ ص ص ١٩٤ : ١٩٥ .

(٧٣٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ١ ص ١٨٦ وقد أخذ واضعو المذكرة الإيضاحية على المادتين ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم و ٥٢ من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة عدم إنزالهما العرف منزلة تتناسب مع كونه مصدراً تكميلياً خصباً في شأن المعاملات (نفس المرجع ص ١٨٨) .

(٧٣٣) سلامة رقم ٦٩ ص ١٥٠ .

(٧٣٤) السنهوري وأبو ستيت رقم ٧٨ ص ٩٣ ويحيى ص ١٢٤ .

ومثال العرف المكمل للدستور المصري هو ما جرى عليه الفقه المصري من منح السلطة التنفيذية حق إصدار لوائح الضبط أو البوليس منذ دستور سنة ١٩٢٣م وقبل أن يقننها المشرع الدستوري في دستوري سنة ١٩٥٦م وسنة ١٩٧١م(٧٣٥) . وما جرى عليه العمل في فرنسا في ظل الدستور الصادر سنة ١٩٥٨م من عدم جواز عقد قرض عام إلا إذا صدر قانون يأذن به إعمالاً لنص سابق ورد في دستور سنة ١٨١٥م ولم يتكرر النص عليه في أي دستور لاحق(٧٣٦) .

ب ـ **العرف المكمل للقانون الدولي العام** : يتمتع العرف بمكانة متميزة في مجال القانون الدولي العام فيعد أهم مصادره الرسمية . فتلتزم به أية دولة تنضم إلى الدول التي سبقتها(٧٣٧) .

وحكم في مصر بأن اعتبار قواعد القانون الدولي مندمجة في القانون الداخلي دون حاجة إلى إجراء تشريعي يعني وجوب تطبيقها فيما يعرض من مسائل تناولتها تلك القواعد ولم يتعرض لها القانون الداخلي بشرط ألا يترتب على هذا التطبيق الإخلال بنصوص القانون الداخلي(٧٣٨) .

جـ- **العرف المكمل للقانون الإداري** : درج العمل على اتباع قواعد العرف في المجال الإداري باعتباره أهم مصادر القانون الإداري غير المقنن في الغالب . فحكم بأن جهة الإدارة إذا التزمت قاعدة واتخذتها منهاجاً لها (٧٣٩) سُئلت عن مخالفتها ولو لم تكن هذه القاعدة واردة في قانون أو لائحة(٧٤٠) .

د ـ **العرف المكمل للقانون الجنائي** : تأبى قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا

---

(٧٣٥) منصور رقم ٨٠ ص ١٤٨ ، وكيره رقم ١٦٣ ص ٢٩٦، ويحيى ص ١٢٨ وخضر رقم ١٦٣ ص ١٨٩ .

(٧٣٦) شريف ص ١٩٨ .

(٧٣٧) سلامة رقم ٦٩ ص ١٥٠ وخضر رقم ١٦٣ ص ١٨٩ . وقد حكم تطبيقاً لذلك بعدم جواز إكراه رجال السلك الدبلوماسي على أداء الشهادة أمام المحاكم الوطنية (نقض جنائي ، ٢٨ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٥٣ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٥ ص ١٩٠) وكان العمل قد استقر في مصر على الأخذ بامتيازات أجنبية خلال فترة معينة لم تقم كلها على معاهدات دولية بل قام قسم كبير منها على العادات المرعية (العرف) التي نشأت واستقرت (السنهوري وأبو ستيت رقم ٧٦ ص ٩٠) .

(٧٣٨) نقض مدني في ٢٥ من مارس/آذار سنة ١٩٨٢ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٣ ص ٣٣٠ .

(٧٣٩) حكم بوجود قاعدة عرفية واجبة الاتباع بعدم جواز قيام ناظر مدرسة بنقل تلميذ مرتين متتاليتين في سنة واحدة من فرقة إلى فرقة أخرى : منصور رقم ٨٠ ص ١٤٨ وسلامة رقم ٦٩ ص ١٥١.

(٧٤٠) محكمة القضاء الإداري في ٤ من مايو/أيار سنة ١٩٥٠ ، المحاماة ، س ٣١ رقم ٧٢ ص ٢٢٥ .

بناءً على قانون) (nulla poena sine lege) أن يتمتع العرف بهذه المكانة ، فلا يجوز أن يكون العرف مصدراً للتأثيم والعقاب . مع ذلك يسهم العرف في تحديد كيفية إعمال المعيار الذي وضعه المشرع في بيانه لأركان الجريمة [٧٤١] . تطبيقاً لذلك حكمت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) [٧٤٢] بشأن تفسير نص لائحة المرور الذي يلزم السائق بقيادة سيارته بحالة لا ينجم عنها الخطر بالتزام السائق بالسير على اليمين في اجتياز الميدان وأن يدور حوله رغم عدم إفصاح النص عن ذلك.

ونلاحظ أن الرجوع إلى العرف هنا "لم يكن بوصفه مصدراً رسمياً منشئاً لجريمة أو فارضاً لعقوبة بل كان بوصفه مجرد مصدر تفسيري تستعين به (المحكمة) على تفهم مضمون النص التشريعي الموجود أصلاً" [٧٤٣] .

٢- **العرف المكمل للقانون الخاص** : يتسع نفوذ العرف في مجال القانون الخاص فيحكم عدد كبير من المسائل ، ونضرب هنا عدة أمثلة له على النحو الآتي:

أ ـ **العرف المكمل للقانون المدني** : ينظم القانون المدني أغلب المسائل وإن ترك للعرف مجالاً في حالات محددة متمثلة في بعض المسائل التفصيلية قليلة الأهمية [٧٤٤] والمثال التقليدي عليها هو العرف المكمل للقانون المدني في مجال الأحوال الشخصية والذي تتمتع الزوجة المسلمة بمقتضاه بقرينة على ملكيتها لما يوجد في منزل الزوجية من أثاث يحق للزوج أن يدحضها إذا استطاع إلى ذلك سبيلا [٧٤٥] .

---

(٧٤١) القاضي ص ١٩٨ هامش رقم (١) ، ومنصور رقم ٨١ ص ١٥٢، وكيره رقم ١٦٤ ص ٢٩٧ .

(٧٤٢) نقض جنائي في ٦ من أبريل/نيسان سنة ١٩٤٨ ، المحاماة ، س ٢٩ رقم ٣٦٦ ص ٧١٧ .

(٧٤٣) كيره رقم ١٦٤ ص ٢٩٧ هامش رقم (٣) .

(٧٤٤) كيره رقم ١٦٢ ص ٢٩٦ وجمعة ص ١٩٩ .

(٧٤٥) حكمت محكمة ملوى الجزئية في ٢٥ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٤١ (انظر سابقاً الهامشين رقم ٤٣٣ و ٣٤٨ ص ص ١٦٨ :١٦٩) بأن للعادة (يقصد العرف) حكماً كحكم القانون فيما لم ينص عليه القانون ، فأجازت لمن أهدي في حالة عُرس و مأتم شيئاً ما أن يطالب من أهداه إليه برد مقابل له في مثل هذه الظروف وأوضحت المحكمة ذلك بقولها " وحيث أن نية من قدم الهدية لم تكن منصرفة إلى الخروج عن ماله (مائة قرش) لمجرد الإحسان أو العطاء بل إنه تقدم ليجامل صاحب العرس والمأتم أملاً في أن يقدر هذا الموقف في ظرف يحل به وما كان يدور بخلده وقت تقديم الهدية أنه يهب ماله للمهدي بدون أن ينتظر مقابله وإلا لما أقدم على ذلك « وأحالت المحكمة الدعوى للتحقيق لإثبات قيمة المبلغ المدعي به بكل طرق الإثبات وخولت خصمه إثبات نفي ذلك بالطرق عينها، على العكس حكمت محكمة الصف الجزئية في ٢٩ يناير/كانون الثاني سنة ١٩٣٢ المحاماة، س ١٥، العدد الأول، القسم الثاني، ص ٦٠) بأن حالة النقوط إن هي إلا هبة تمت بالقبض وأنه لا حق للواهب في طلب استرداد هبته بعد نفاذها اللهم إلا إذا رد الموهوب له الهبة بمثلها أو أقل أو أكثر منها في شكل هبة أخرى وبظروف كظروفها أو بأي شكل من الأشكال وفي أي ظرف من الظروف التي يراها مناسبة لرد الجميل لأهله بغير إكراه

ب ــ الــعرف المكمل للقانون التجاري : يعد هذا القــانون مجــالاً خصــباً للعرف[٧٤٦]بوصفه مصدراً أساسياً لقواعده[٧٤٧] وأمثلة ذلك افتراض التضامن بــين المدينين في المسائل التجارية (رغم أن القانون المدني يرهن التضامن بوجود نص قانوني أو اتفاقي ولا يفترض) وتخويل الوكيل بالعمولــة حــق التعامــل لحســاب شخصين مختلفين (رغم أن القانون المدني لا يجيز ذلك لتعــارض المصــالح) ، أضف إلى ذلك قاعدتي عدم تجزئة الحساب الجاري وعدم جواز الاحتجاج بالدفوع على حامل الورقة التجارية حسن النية [٧٤٨] وحساب الفوائــد التأخيريــة بمجــرد التأخير لا من وقت المطالبة القضائية بها .

جــ- الــعرف المكمل للقانون المالي : ينعدم دور العرف هنا بوصف القانون المالي وهو تشريع ضريبي من القوانين الجنائية التي تسود فيها قاعدة (لا جريمــة ولا عقوبة إلا بناء على قانون)، فلا ضريبة إلا بناء على قانون .

د ــ الــعــرف المكمــل لقانــون العمــل : مازال للعرف رغــم اتــــساع دور المـــشـــرع في مـــجال علاقات العمل دوراً ليس محدوداً في عدة مسائل ولا سيما ما يتعلق منها بالأجر[٧٤٩] .

هــ- العرف المكمل للقانون الدولي الخاص : يتمتع العرف بمكانة محــدودة بشأن مسائل الجنسية الوطنية ، على العكس فإن للعرف مكانة أعظم فيمـــا يتعلــق بقواعد تنازع القوانين.[٧٥٠]

ثانيا : العرف المعاون (أو المساعد) للتشريع (Coutume secundum legem)

في دعوى أو إجبار في تنفيذ أو مَن أو أذي في مرافعة، وانتهت إلى أن الدعوى في غير مجالهـــا ويتعين رفضها وألزمت رافعها بمصاريفها.

(٧٤٦) كــيره رقم ١٦١ ص ٢٩٥ ويعتبر البعض (حجازي رقــم ٣٦٤ ص ٤٦٢) مركــز العـــــرف في هــذا الخصوص كمركز قواعد القانون الدولي ، فالدولة أو القانون الذي تضــعه الدولــة ، لا ينكر القانون الدولي أو يتجاهله إلا أن عدم إنكار القانون الداخلي لا يعني أن القانون الدولي يستمد قوته الملزمة من قانون الدولة ، وإنما معناه أن القانون الدولي هو حقيقة يســلم القــانون الــداخلي بوجودها دون أن يدعي أن بتسليمه بوجود القانون الدولي يخلع عليه فاعلية لا تكون له بدون هــذا التسليم .

(٧٤٧) جمعة ص ٢٠٠ .

(٧٤٨) كيره رقم ١٦١ ص ٢٩٦ .

(٧٤٩) الدكتور فتحي عبد الصبور ، الوسيط في قانون العمل ، جــ١ ، القاهرة سنة ١٩٨٥ رقم ٣٣ ص ٥٢ وما بعدهما : انظر المواد ٢/٦٧٦ و ١/٦٨٢ و ١/٦٨٤ من القانون المدني الحالي .

(٧٥٠) انظر مرجع أستاذينا د. فؤاد رياض ود. سامية راشد ، الوسيط في تنازع القوانين ، دار النهضـــة العربية، سنة ١٩٨٤ رقم ٤٦ ص ٤٢ وما بعدهما .

يقصد بذلك العرف الذي يلجأ إليه القاضي بناء على دعوة صريحة من المشرع لضبط صياغة نص قانون معين لضمان سلامة تطبيقه . فعلى خلاف الحال بالنسبة للنوع الأول من العرف الذي يكمل قصوراً أو نقصاً عمديا(٧٥١) أو غير عمدي في النص القانوني ، نجد أن المشرع نفسه يتعمد ترك مسألة معينة للعرف المعاون . فتطبيق العرف المكمل للتشريع قد يكون نتيجة عمد أو إهمال من جانب المشرع ، في حين أن تطبيق العرف المعاون رهين بإرادة عمدية من المشرع . هذه الإرادة قد تتمثل في ترك مسألة برمتها لينظمها العرف أو في جعل العرف يضبط صياغة نص معين أو يفسر هذا النص. وذلك على التفصيل الآتي: (٧٥٢).

١- **العرف المعاون في الحل التشريعي :** (٧٥٣) : مثال ذلك المادة ٢٣٣ من القانون المدني التي تنص على أن الفوائد التجارية التي تسري على الحساب الجاري يختلف سعرها القانوني باختلاف الجهات ، ويتبع في طريقة حساب الفوائد المركبة في الحساب الجاري ما يقضي به العرف التجاري .

٢- **العرف المعاون في ضبط اللفظ** : مثال ذلك المادة ١٤٨ من القانون المدني التي تنص على أنه "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً من العرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام" .

٣- **العرف المعاون في تفسير اللفظ**(٧٥٤) مثال ذلك في القانون المدني مسألة تفسير العقد »فإذا .. كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين . وفقاً للعرف الجاري في المعاملات«(٧٥٥) .

---

(٧٥١) فيعد العرف بذلك أكثر ملاءمة من التشريع أو أقدر على تحقيقها : المهدي ص ١٧١ .

(٧٥٢) سلامة رقم ٦٩ ص ١٥٤ . وهذا ما دفع البعض إلى القول بأنه بمثابة اللائحة التنفيذية للقانون أو العرف التنفيذي باعتباره تابعاً لقاعدة تشريعية في وجودها ويعمل على وضعها موضع التنفيذ . جمعة ص ٢١١.

(٧٥٣) فهو ليس عرفاً مكملاً لأنه لا يحكم مسألة بأسرها بل جزئية محدودة .

(٧٥٤) مثال ذلك أيضاً المادة ٣٤٢ من القانون المدني .

(٧٥٥) المادة ١٠١٩ من القانون المدني .

ثالثاً : العــرف المخــالف للتشــريع [٧٥٦] (Coutume / consuetudo contra Legem): يقصد بذلك العرف الذي يتعارض مع نص تشريعي ، وهنا نتساءل هل ينسخ العرف اللاحق التشريع السابق ؟ .

الأصل أن يؤدي إعمال قاعدة تدرج التشريعات تطبيق قاعدة اللاحــق ينســخ السابق ما دامت أقوي منها في الدرجة والمرتبة . مفاد ذلك تغليب القاعدة التشريعية على القاعدة العرفية لأن الأخيرة أدني مرتبة من الأولى . يستوي في ذلك أن تكون القاعدة التشريعية آمرة أو مكملة .

مع ذلك فقد تسببت عدة نصوص وردت في القانون المدني إلى بلبلــة الفكــر القانوني وتضارب الفقهاء . فثار التساؤل حول أمرين وهما : مدى جواز مخالفــة العرف لنص تشريعي آمر أو مكمل والثاني مدى جواز مخالفة العــرف التجــاري لنص تشريعي مدني آمر :

١- مدى جواز مخالفة العرف لنص تشريعي آمر أو مكمل : الإجابة قاطعة في هذا الشأن حيث لا يجوز للعرف أن يخالف نصاً تشريعياً احتراما لقاعــدة تــدرج التشريعات الواردة في المادة الأولى من القانون المدني والتي تجعل العرف تاليــاً للتشريع في المرتبة .

والاستثناء الوحيد على ذلك هو وجود إرادة مخالفة من المشرع ، فــإذا ورد نص تشريعي لاحق يجعل الأولوية للعرف وجب البدء بالعرف فإن لم يوجد يطبق التشريع . تطبيقاً لذلك نص القانون المدني على سريان الفوائد من تاريخ المطالبــة القضائية ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف تجاري مخالف يحدد تاريخاً آخر لســريانها (مادة ٢٢٦) ، واستحقاق الثمن في مكان ووقت تسليم المبيع ما لم يوجد اتفــاق أو عرف يقضي بغير ذلك (مادة ٦٤٢) ووجوب تسلم المشتري للمبيع في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن ما لــم يعــين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً آخر لذلك (مادة ٤٦٣)، واستحقاق دفع الأجر عند تسلم العمل ما لم يقض العرف أو الاتفاق بغير ذلك (مادة ٦٥٦) .

(٧٥٦) يسميه البعض ، بالمخالفة لما درج عليه الفقه المصري ، بالعرف الذي يفضــل حكــم التشــريع (جمعة ص ٢١٢) أو بالعرف الذي يتقدم حكمه على حكم التشريع (كامل رقم ٧١ ص ١٤٣) .

والأصل أن ما قدمناه ينطبق على القواعد الآمرة انطباقه على القواعد المكملة، فلا يجوز للعرف ، إلا إذا أفصح المشرع عن إرادة مخالفة[٧٥٧] ، أن يخالف أيهما[٧٥٨].

بعبارة أخرى أن تحديد أولوية التطبيق عند تعارض القواعد القانونية ملك يمين المشرع[٧٥٩] ، فإذا أراد أن يرهن إعمال القاعدة القانونية الآمرة بعدم وجود عرف مخالف صح عمله ، وإذا أراد أن يشرط تطبيق القاعدة القانونية المكملة بعدم وجود اتفاق أو عرف مخالف صح عمله أيضاً[٧٦٠].

٢- مدى جواز مخالفة العرف التجاري لنص تشريعي آمر : لا تجوز هذه المخالفة، وليس في القول بعدم جواز المخالفة انتهاكا للمادة ٢٣٢ من القانون المدني الآمرة التي تنص على " عدم جواز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد أو تجاوز مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية " . لأن هذا القيد الأخير يعد شرطاً لتطبيق القاعدة المدنية الآمرة ، فإذا وجد عرف مخالف لهذا النص الآمر خرجنا من حظيرة المنع إلى دنيا الإباحة . فمناط تطبيق قواعد القانون المدني على العلاقات التجارية هو عدم وجود تشريع تجاري أو عرف تجاري مخالف ، فإذا وجد مثل هذا التشريع أو العرف امتنع تطبيق [٧٦١] قواعد القانون المدني الآمرة[٧٦٢] . بعبارة أخرى أن ما

---

(٧٥٧) يرى البعض جواز مخالفة العرف للقاعدة القانونية المكملة ولو لم يوجد بها نص يجيز للعرف مخالفتها بحجة أنه إذا كان يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة القاعدة المكملة ابتداء فإنه يجوز للعرف أيضاً ذلك : انظر مثلاً حجازي رقم ٣٦٦ ص ٤٦٤ ، وعمران ص ١١٥ والمهدي ص ١٧٥ .

(٧٥٨) لا يتصور البعض مخالفة العرف للقواعد الآمرة لتعلقها كلها بالنظام العام (الشرقاوي رقم ٥١ ص ١٣٧) ، في حين يسمح البعض بهذه المخالفة في الأحوال التي لا تتعلق فيها القاعدة الآمرة بالمبادئ الأساسية التي يتكون منها النظام العام (مرقس رقم ١٥٢ ص ١٤٧) .

(٧٥٩) انظر على سبيل المثال : سلامة رقم ٦٩ ص ص١٥٤ : ١٥٥، والبدراوي رقم ٢١٥ ص ٣٣٠، والصده رقم ١١٧ ص ص١٦٣:١٦٢ص ، وفرج رقم ١٦٢ ص ٢٥٧، وجمعة ص ٢١٢ ، والإهواني رقم ٢١٠ ص ١٧٢ والعطار رقم ١٢٠ ص ٢٧٣ .

(٧٦٠) لذا يقال أن مناط تغليب القاعدة التشريعية الآمرة على القاعدة العرفية هو اتحاد مجال الولاية والاختصاص ، فلا يجوز لعرف مدني أن يخالف نصاً مدنياً آمراً ولا يصح لعرف تجاري أن يخالف نصاً تجارياً (انظر على سبيل المثال : منصور رقم ٨٢ ص ١٥٦، وكيره رقم ١٦٠ ص ص٢٩٢ : ٢٩٤ وتناغو رقم ١٤٦ ص ٤٧٥ .

(٧٦١) حجازي رقم ٣٦٧ ص ٤٦٥، والإهواني رقم ٢١٠ ص ١٧٣ وجلال إبراهيم رقم ١٣١ ص ٢٤٢.

(٧٦٢) قرب كامل رقم ٧١ ص ص١٤٧:١٤٣ حيث يرى في العرف المخالف للتشريع أو كما يسميه العرف الذي يتقدم حكمه على حكم التشريع صورة من صور العرف المكمل للتشريع على أساس

ما يعنينا هو القول بأن إرادة المشرع هي وحدها الفيصل ، فإذا أراد منح أولوية التطبيق لغير النص التشريعي فعليه أن ينص على ذلك صراحة ، وإذا حدث ذلك وجب احترام إرادته اللاحقة الناسخة لإرادته السابقة الواردة في المادة الأولى من القانون المدني والتي يعد بمقتضاها التشريع أولي من العرف[٧٦٣] عند التطبيق[٧٦٤].

الفــرع الرابع

مصدر القوة الملزمة للعرف

إذا انتهينا إلى استجماع العرف بأنواعه المختلفة لأركانه وجب التساؤل عن مصدر قوته الملزمة ؟

في واقع الأمر أن اهتمام رجال القانون بالبحث عن مصدر القوة الملزمة للعرف لا يقل عن اهتمام رجال علم الأنثربولوجيا بتقصي مصادر الأعراف[٧٦٥] . وإذا كان الرأي منعقداً على أن مصدر إلزام التشريع هو صدوره عن سلطة عامة مختصة بإصداره فإن الخلاف مازال قائماً بين الفقهاء حول مصدر إلزام العرف . لذا ندرس في هذا الفرع الآراء الفقهية المختلفة التي قيلت في هذا الشأن والمآخذ التي أخذت على كل منها ثم نردف ذلك ببيان الرأي الذي نعتنقه .

الرأي الأول : الضرورة الاجتماعية :

المضمون : يتطلب تنظيم المجتمع وجود قواعد عرفية ملزمة ، وهذا يعني أن

أنه يستوي في تطبيق العرف المكمل حالة عدم وجود نص تشريعي أصلاً مع حالة وجود نص ، ولكن استبعد تطبيقه لعدم توافر شروط هذا التطبيق ، لأنه طالما تخلفت شروط تطبيق النص أمكن اعتباره غير موجود بالنسبة للحالة التي ينطبق عليها وبذلك يطبق العرف وينتهي إلى القول بأن ما يحدث ليس تغليباً للعرف على التشريع وإنما تطبيقاً للعرف عند استبعاد ما أتى به النص من قواعد تشريعية لعدم توافر شرط تطبيقها وهو عدم وجود عرف مخالف بالنسبة للقواعد القانونية الآمرة وعدم وجود اتفاق أو عرف مخالف بالنسبة للقواعد القانونية المكملة.

(٧٦٣) مع مراعاتنا لأحكام العرف الدستوري التي ترقي على التشريع بطبيعة الحال (انظر سابقاً هامش رقم ٣٧٦ ص ١٧٤) .

(٧٦٤) وهناك من يرى أن العرف اللاحق المخالف لتشريع سابق مساو له في الدرجة ومتحد معه في نطاق التطبيق ينسخ القاعدة التشريعية سواء أكان عرفاً إيجابياً أم سلبياً ويبرر عدم نص = = المشرع على ذلك بخطورة النتيجة (تناغو رقم ١٤٧ ص ٤٧٨) ويقصر البعض الآخر (مرقس رقم ١٥٢ ص ٤٢٧) هذا القول على مخالفة العرف للقواعد الآمرة المتعلقة بالمبادئ الأساسية التي يتكون منها النظام العام .

(٧٦٥) د. محمد محجوب ، مقدمة في الاتجاه السوسيو أنثربولوجي ، الهيئة المصرية العامة للكتاب الإسكندرية ، الطبعة الثانية ، سنة ١٩٨١ .

مصدر إلزام القاعدة العرفية هو الاستجابة إلى ضرورات تنظيم المجتمع . بعبارة أخرى ، أن للعرف قوة إلزام ذاتية مستمدة من الضرورة الاجتماعية التي تفرضه وتحتم وجوده(٧٦٦) .

التقدير : يعيب هذا التصور الخلط بين علة الإلزام ومصدره ، فعلة إلزام العرف كغيره من القواعد القانونية هي ضرورة تنظيم المجتمع أما مصدر إلزامه فلا يكون إلا من إرادة قادرة على توجيه الأمر إلى المخاطبين بالقاعدة . ومفاد ذلك أن ضرورة العرف هي التي تبرر جعله مصدراً رسمياً للقانون وتعجز عن جعله ملزماً(٧٦٧) .

الرأي الثاني : رضا المشرع الضمني (أو إرادة السلطة العامة) :

المضمون : يستمد العرف قوته الإلزامية من إرادة السلطة العامة ممثلة في المشرع ، فعدم تعبير المشرع عن إرادته الصريحة في إلغاء العرف بإصدار تشريع جديد يعني رضاؤه الضمني عنه . وبذلك "تصبح للعرف قوة أو إذا شئنا قوة مستقلة بالنسبة لمصادر القانون الأخرى كالتشريع والقضاء"(٧٦٨) .

التقدير : يأخذ هذا الرأي بالمذهب الشكلي للقانون الذي يرى في التشريع مصدراً وحيداً للقانون وهو مع وجاهته .يعجز عن تبرير القوة الإلزامية التي يتمتع بها العرف قبل أن تعرف البشرية التشريع ، لأن الثابت تاريخياً أن العرف كان أسبق مصادر القانون إلى الظهور ، وهنا نتساءل كيف يمكن إسناد القوة الإلزامية للعرف إلى الإرادة الضمنية للمشرع رغم أنها وجدت قبل مولده ؟(٧٦٩) .

الرأي الثالث : أحكام القضاء :

المضمون : يقصد بهذا الرأي أن الحكم القضائي وحده هو الذي يحول العادة

---

(٧٦٦) كيره رقم ١٥٧ ص ٢٨٩ وفي نفس المعنى : زكي رقم ٦٧ ص ١٢٥ ، وزكي رقم ٦٧ ص ١٢٥ ، والمهدي ص ١٦٨ ونجيده ص ١٦٨ ص ١٦٨ .

(٧٦٧) منصور رقم ٧٨ ص ١٤٥ .

(٧٦٨) حجازي رقم ٣٦٨ ص ٤٦٧ ، وعمران ص ١١٦ ، وتناغو ١٤٠ ص ٤٦٤ ويرتب سيادته على ذلك أن يصبح العرف معادلاً للتشريع في أن كلا منهما تعبير مستقل عن إرادة الدولة وعند التعارض بينهما يحترم الأدنى الأعلى ويقيد الخاص العام وينسخ اللاحق السابق إذا اتحد معه في الدرجة ونطاق التطبيق (نفس المرجع رقم ١٤٨ ص ٤٨٢) .

(٧٦٩) الشرقاوي رقم ٤٩ ص ١٣٠ .

إلى عرف ملزم ، فمصدر القوة الملزمة للعرف هو تبني القضاء له . فالقاضي هو الذي يقطع قول كل معارض في هذا الشأن بمجرد إصداره حكماً وفقاً للعرف السائد[٧٧٠] .

تقديره : يغفل هذا الرأي أن القاضي احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات لا يملك إنشاء التشريع أو سنه وإنما تطبيقه[٧٧١] . فيطبق القاضي عرفاً قائماً ولا ينشئه. أضف إلى ذلك أن العرف سابق في وجوده على وجود القضاء فكيف يكون حكم القاضي منشئاً لأمر سبقه إلى الوجود؟[٧٧٢] .

الرأي الرابع : الرضا الضمني للشعب :

المضمون : يستمد العرف قوته الملزمة من الرضا الضمني لأفراد الشعب ، ومفاد ذلك أن الشعب هو الذي يخلق العرف ويطبقه ويتعهده بالاحترام .

التقدير : يحظى هذا الرأي بتأييد فقهي عظيم [٧٧٣] ، فيجد فيه الفقهاء مبرراً مقنعاً للقوة الملزمة للعرف . ولم ينل من هذا التأييد ما احتج به البعض من أن الشعب لا يُشرع بل يخول هيئة معينة سلطة من التشريع ، لأن الثابت قانوناً هو أن الشعب عندما ينيب عنه هيئة معينة للتشريع لا يفقد سلطته كأصيل في هذا الصدد . فتثبت سلطة الشعب في التشريع سواء أناب غيره في القيام بها أو احتفظ بها لنفسه بغير شريك .

الرأي المختار : لما كان القانون المدني المصري صريحاً في مادته الأولى ، فنص عليها أن العرف مصدر رسمي للقانون فهذا يعني أن مصدر إلزام العرف من

---

(٧٧٠) انظر في عرض هذا الرأي : عبد الباقي رقم ١١٨ ص ١٨٥ .

(٧٧١) وهو ما يجعل البعض يقول بأن هذا الرأي غير مفهوم (الشرقاوي رقم ٤٩ ص ١٣٠) .

(٧٧٢) انظر في عدم لزوم حكم القاضي لنشوء العرف : عبد الباقي رقم ٤٩ ص ص ١٤٦ : ١٤٧ .

(٧٧٣) السنهوري وأبو ستيت رقم٧٧ ص ص٩٢:٩١ ، والبدراوي رقم ٢١٤ ص ٣٢٨ ، ويحيى ص ١٢٠والأسيوطي، مبادئ القانون ، رقم ١١٧ ص ١٨٧ ، وسلامة رقم ٧٠ ص ١٥٧ ومنصور رقم ٧٧ ص ١٤٣ وما بعدهما والشرقاوي رقم ٤٩ ص ١٣٠ وأبو السعود ص ٦٦٨ .

الناحية الرسمية هو إرادة السلطة العامة ممثلة في المشـرع[٧٧٤] ، ومـن الناحيـة الواقعية هو إرادة الأمة التي تجد في تطبيقـه تيسـيراً عليهـا وعلـى معـاملات أفرادها[٧٧٥] . ومقتضى ذلك هو القول بأن كلا الرأيين صحيح بحسب الناحية التي ينظر منها إلى العرف . أضف إلى ذلك أن تبني القضاء للقاعـدة العرفيـة يؤكـد وجودها ويضفي عليها قدراً من التحديد والانضباط يداني في ذلك القدر الذي يتمتع به التشريع[٧٧٦] .

الفرع الخامس

إثبات العرف وسلطة محكمة النقض على إعماله

ندرس في هذا المقام موضوعين يرتبطان ببعضهما ارتباطاً وثيقاً وهما إثبـات العرف من جانب ورقابة قضاء النقض على إعماله ــ وذلك على التفصيل الآتي :

أولاً : إثبات العرف : يتنازع مسألة إثبات العرف رأيان يتناقص أنصار أولهما في حين لا يكف عدد أنصار الرأي الثاني عن التزايد :

الرأي الأول : العرف واقعة مادية يثبتهما الخصوم[٧٧٧] : يرى أصحاب هـذا الرأي في العرف مجموعة من الوقائع المادية التي يعلمها القاضي علماً قاصـراً لا يصلح أساساً للحكم القضائي . ويرتبون على ذلك التزاماً يثقل كاهل من يدعي قيام قاعدة عرفية يتمثل في إثبات وجودها ومضمونها ، ويرخصون له في إثبات ذلـك بكل الطرق المقبول إثبات القاعدة القانونية بها وخصوصاً شهادة الشهود (أو البينة) والخبرة والسوابق القضائية . ولا يدخل في ذلك بطبيعة الحال الإقرار واليمين لأن القاعدة القانونية لا تثبت بهما .

خلاصة القول أن القاضي لا يفترض علمه بالقاعدة العرفية ولا يطالب بالحكم

---

(٧٧٤) عرفة ٧٢ و ٧٤ وكامل رقم ٧٠ ص ١٣٨ .

(٧٧٥) القاضي ص ١٩٥ : ١٩٦، و قرب العطار رقم ١١٦ ص ٢٦٦ الذي يقول بأن العرف لا يستمد إلزامه من مصدر واحد وإنما من إرادة الإنسان وإرادة واضع التشريع معاً .

(٧٧٦) جمعه ص ٢٠٣ .

(٧٧٧) أنظر في عرض هذا الرأي : سلامة رقم ٥٨ ص ص١٥٨ : ١٥٩ .

بمقتضاها إلا إذا أثبتها له الخصوم بأية طريقة من الطرق المقبولة لإثبات القاعدة القانونية .

الرأي الثاني : العرف قاعدة قانونية يعلمها القاضي[٧٧٨] : يقول أنصار هذا الرأي بأن القاعدة العرفية قاعدة قانونية يفترض القاضي العلم بها (Jura novit curia)، ويلتزم بالحكم بمقتضاها ولو عجز الخصوم عن إقامة الدليل عليها أو جهلوا وجودها .

ويرخص أنصار هذا الرأي للقاضي في طلب المعاونة من الخصوم للتعرف على القاعدة العرفية لاسيما في الحالات التي تكون فيها القاعدة العرفية إقليمية أو طائفية . وحكمة هذه الرخصة هي الاستجابة للاعتبارات العملية التي تجعل من العسير جداً على القاضي أن يُلم بقانون العرف كما يُلم بالقانون المكتوب[٧٧٩] .

الرأي المختار : نؤيد من جانبنا الرأي الأخير لأنه وحده يعطي للعرف المكانة التي أرادها له القانون . فالأصل أن العرف ثابت باعتباره قانوناً وأن من يتمسك بالثابت أصلاً لا يكلف بإثباته Onus Probandi incombit ei qui dicit مع ذلك فإن محكمة النقض المصرية انتصرت للرأي الأول المرجوح معتبرة العرف من مسائل الواقع ، وليس القانون ، التي يلتزم الخصوم بإثباتها . فرفضت الاحتجاج بالعرف أمامها لأول مرة[٧٨٠] باعتبار أن ذلك يشكل جدلاً موضوعياً لا يصح طرحه عليها[٧٨١].

---

(٧٧٨) السنهوري وأبو ستيت رقم ٧٥ ص ٨٨ هامش رقم ١ ، ومرقس رقم ١٥٣ ص ٤٣٠ ، وعرفة ص ٧٠ ، وعبد الباقي رقم ١٢٠ ص ١٨٨ : ١٩٠ ، ومنصور رقم ٧٤ ص ١٣٧ ، ويحيى ص ١٢٢ ، وزكي رقم ٦٩ ص ١٣١ ، والقاضي ص ٢٠٠ : ٢٠١ ، وجمعة ص ٢٠٨ : ٢٠٩ ، وتناغو رقم ١٣٥ ص ٤٤٨ ، وأبو السعود ص ٦٥٠ : ٦٥١ وأنظر في التنويه بهذا الرأي باعتباره الرأي الراجح الآن : سلامة رقم ٧١ ص ١٥٩ وكامل رقم ٧٢ ص ١٤٨ والأستاذ محمد كمال عبد العزيز ، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه ،الجزء الأول : في الالتزامات ، الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٥ ص ٥٤ .

(٧٧٩) السنهوري وأبو ستيت رقم ٧٥ ص ٨٨ هامش رقم ١.

(٧٨٠) نقض مدني ، ٢٢ من أبريل/نيسان سنة ١٩٧٢ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٣ رقم ١١٧ص ٧٤٧ ورقم ١١٨ ص ٧٥٦.

(٧٨١) انظر تطبيقات أخرى : نقض مدني ١٨ من أبريل/نيسان سنة ١٩٥٧ ، مجموعة المكتب الفني س ٨ ص ٤٢٦ و ٢ فبراير/شباط سنة ١٩٧٢ مجموعة المكتب الفني، س ٢٣ ص ١٢٦ ، ٥ من فبراير/شباط سنة ٧٥ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٦ رقم ٧١ ص ٣٣١ و ٢٩ من

ثانياً : سلطة محكمة النقض على إعمال العرف : آراء ثلاثة : يمكن أن نتصور ثلاثة آراء في هذا الشأن نوجزها على النحو الآتي :

الرأي الأول : عدم وجود سلطة لمحكمة النقض على قاضي الموضوع، بمعنى أن قاضي الموضوع له وحده الحق في تقدير وجود العرف وتطبيقه وتفسيره . ويعد هذا الرأي نتيجة منطقية لاعتبار قيام العرف من مسائل الواقع التي لا يجوز طرحها على محكمة النقض لأول مرة .

الرأي الثاني : وجود سلطة لمحكمة النقض على قاضي الموضوع في تطبيق العرف دون تقدير وجوده . فيكون لقضاء النقض الحق في رقابة قضاء الموضوع في تطبيق العرف باعتبار ذلك من مسائل القانون المباح لمحكمة النقض التعرض لها ، أما مسألة تفسير وجود العرف نفسه فمن مسائل الموضوع التي يستقل بتقديرها قضاء الموضوع .

الرأي الثالث : وجود سلطة لمحكمة النقض على قاضي الموضوع في إعمال العرف بوجه عام . فيكون لقضاء النقض معاملة العرف بوصفه قانوناً فينبسط سلطانها على تقديره وتطبيقه وتفسيره أيضاً .

الرأي المختار : يعد الرأي الثالث أدق هذه الآراء منطقاً وأقربها إلى صحيح القانون[٧٨٢]، فالمشرع يعتبر العرف قانوناً يتلو التشريع في المرتبة بل إنه في بعض الحالات يقدمه على العرف كما رأينا . وليس مقبولاً تجريد محكمة النقض من سلطانها على العرف بمقولة أن العرف من مسائل الواقع لأن في ذلك خلطاً بين الخوض المحرم في وقائع النزاع والخوض المباح في الوقائع الاجتماعية المكونة

مارس/آذار سنة ١٩٧٦ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٧ رقم ١٥٣ ص ٧٨٨ وأنظر في جواز إثبات العرف بكل طرق الإثبات : نقض مدني ، ٣٠ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٨١ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٢، رقم ٣٩٥ ص ٢١٧٣ كما حكمت المحكمة بأن العادات التجارية من مسائل الواقع التي يترك التثبت من قيامها وتفسيرها لقاضي الموضوع ، ولا رقابة عليه في ذلك لمحكمة النقض إلا حيث يحيد عن أعمال حكم العادات التجارية التي ثبت لديه قيامها : نقض مدني في ١٢من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٣ مجموعة المكتب الفني، س ٣٤، رقم ٣٤٨ ص ١٧٨٥ .

(٧٨٢) كيره رقم ١٥٢ ص ٢٨٣ ، وسلامة رقم ٧٢ ص ١٦١، ومنصور رقم ٧٤ ص ١٣٧ ، والوكيل ص ص ١٨٨ : ١٨٩ هامش رقم (١) ، وعبد الباقي رقم ١٢٠ ص ص ١٩٠ : ١٩١ ، والبدراوي رقم ٢١٠ ص ٣٢٣:٣٢٤ ، والعطار رقم ١١٥ ص ٢٦٤ هامش رقم (٢) وجلال إبراهيم رقم ١٣٥ ص ٢٤٧ .

للعرف ، فما يمتنع على قضاء النقض هو الخوض في وقائع النزاع فحسب . كذلك فإن قصر رقابة محكمة النقض على تطبيق محكمة الموضوع للعرف دون تقـدير وجوده فيه تحكم غير مفهوم ، فكيف تراقب محكمة النقض تطبيق أمر يخرج عـن اختصاصها مراقبة مسألة وجوده ؟

الرأي عندنا : هو خضوع الوجود والتطبيق والتفسير لرقابة محكمة الـنقض كنتيجة منطقية للنظر إلى العرف بوصفه قانوناً . ولا ينال من تمسكنا بهذا الـرأي جريان قضاء النقض على الأخذ بالرأي الثاني والتفرقة بين تقدير وجـود العـرف وتطبيقه وقصر رقابة محكمة النقض على التطبيق دون الوجود(٧٨٣) .

فالواقع أن المحكمة بتبنيها هذا الرأي "تُضحي بالمبادئ القانونية نـزولاً علـى الصعوبات العملية ، لذلك فإن من واجب الفقه أن يلفت نظر محكمة الـنقض إلـى ضرورة العدول عن موقفها ، فهي جديرة بأن تعمل على رسوخ المبادئ القانونيـة ووضوحها بدلاً من العمل على اختلاطها وغموضها" (٧٨٤) .

على أية حال فالملاحظ أن محكمة النقض المصرية تأبى أن تهدر الاعتبارات العملية فهي لم تكتف باعتبار العرف من مسائل الواقع التي يتعين على الخصـوم إثبات وجودها وإطلاق يد قضاء الموضوع في تقدير هذا الوجود وإنما وصلت إلى حد أنها اعتبرت القانون الأجنبي نفسه واقعة يجب على الخصـوم إقامـة الـدليل

---

(٧٨٣) حكمت المحكمة بأن تحري العرف في ذاته والتثبت من قيامه – وعلى ما جرى به قضـاء هـذه المحكمة – من أمور الموضوع التي لا تخضع لرقابة محكمة الـنقض إلا حيـث يحيـد قاضـي الموضوع عن تطبيق عرف ثبت لديه وجوده وهذا يقتضي التمسك به أمام محكمة الموضوع حتى يمكنها التثبت من أمر قيامه : نقض مدني ٢٧ من مايو/أيار سنة ١٩٧٥ ، مجموعة المكتب الفني= =، س ٢٦ رقم ٢٠٧ ص ١٠٨٥ وأنظر في نفس المعنى : نقض مدني ، ٢٢ من فبرايـر/شـباط سنة ١٩٦٦ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٧ رقم ٥٠ ص ٣٥٧ ، و ٥ من فبراير/شباط سـنة ١٩٧٥ ، مجـموعة المكـتب الفـني ، س ٢٦ ، رقم ٧١ ص ٣٣١ ، و ٢٩ مـن مارس/آذار سنـة١٩٧٦ مجموعة المكتب الفني ، س ٢٧ ، رقم ١٥٣ ص ٧٨٨ . فإذا قرر القاضي أن يحكم بالعرف فعليه أن يبين دليل قيام هذا العرف والمصدر الذي استقاه منه إذا نازع أحد الخصوم فـي وجوده : نقض مدني ٣١ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٣٥ مجموعة الخمس وعشرين سـنة ، المكتب الفني لمحكمة النقض ، جـ١ رقم ٤٤ ص ٣ ، وأنظر تطبيقات قضائية حديثة فـي هـذا الشأن متعلقة بعرف يقضي باستحقاق الأجرة عند انتهاء الإيجار وبعد جمـع المحصـول (نقـض مدني، ٢١ من أبريل/نيسان سنة ١٩٦٦ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٧ ، ص ٨٩٤) وعـرف آخر بأن يكون المؤجل من أتعاب المحامين معـادلاً للمعجـل منهـا (نقـض مـدني ، ٢٥ مـن ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٦٩ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٠ ص ١٣٥٦) .

(٧٨٤) تناغو رقم ١٣٥ ص ٤٤٨ والإهواني رقم ٢١٤ ص ١٧٩ .

عليها[٧٨٥] .

الفرع السادس

تقديـــــر العــــرف

يتمتع العرف بعديد من المزايا التي تفرقه عن غيره من المصادر التشـــريعية ويعتوره في المقابل عدد من العيوب ، وتقوم هنا باستعراض كـــل مـــن المزايـــا والعيوب ، بعد أن وضح في الأذهان مفهوم العرف وأحكامه ، حتـــى نســـتطيع أن نقدر العرف تقديراً موضوعياً.

أولاً : المزايا : يمكن القول بأن مزايا العرف هي عيوب التشريع[٧٨٦]، فيعتبر العرف عملي الطابع ومتطور المضمون إلى جوار كونه مكملاً للتشـــريع ، وذلـــك على التفصيل الآتي :

١- عملي الطابع : يعد العرف انعكاســاً لرغبـــات النـــاس بشـــأن حاجـــاتهم الاقتصادية والاجتماعية . وبديهي أن شيوع نسب العرف وعدم إمكانه إسناده إلـــى معلوم والتزام الناس به بدون تفكير أو تأمل يعزز القول بالطابع العملي لأحكامـــه نظراً لكونه من خلق الخاضعين له .

٢- متطور المضمون : يترتب على كون العرف من خلق الخاضعين لأحكامه أن تغييره وارد كلما عجز عن الوفاء بحاجات الناس وخدمة مصالحهم المشـــتركة دون حاجة إلى المرور بأية إجراءات في هذا الصدد . وهو ما يمكن التعبير عنـــه بالقول بأن الناس يستحدثون ما يناسبهم من أحكام ويستبدلون هذه الأحكام المستحدثة بالأحكام السابقة التي أثبت العمل عدم ملاءمتها وتخلفها .

---

(٧٨٥) وإن كانت المحكمة تبسط رقابتها على تفسير وتطبيق هذا القانون بعد أن يقيم الخصـــوم الدليـــل عليه (نقص مدني : ١٠ من يونيه/حزيران سنة ١٩٥٤ ، مجموعة المكتـــب الفنـــي ، س ٥ ص ١٩٥٠ و ١٨ من يونيه/حزيران سنة ١٩٥٤ ، مجموعة المكتب الفنـــي ، س ٥ ص ٩٦١ و ١٤ من أبريل/نيسان سنة ١٩٧٠ ، مجموعة المكتب الفني س ٢١ ص ٩٨ وهو منشور أيضا في مجلة القانون الدولي التي تصدرها جمعية القانون الدولي ، سنة ١٩٧٠ ص ١٧١ وما بعدها مع تعليـــق للأستاذ الدكتور عز الدين عبد الله وأنظر في تفصيل موقف الفقه والقضـــاء : ريـــاض وراشـــد، المرجع السابق ، جـــ٢ ، رقم ١٧٠ ص ١٧٨ وما بعدهما .

(٧٨٦) سلامة رقم ٦٨ ص ١٤٨ .

٣- مكمل ومعاون للتشريع : يتمتع العرف بدور مكمل ومعاون للتشريع في كثير من الأمور ــ كما قدمنا ــ التي يغفلها المشرع عن عمد نظراً لتشعبها وتعقيدها وتنوعها من منطقة إلى أخرى وتطورها المُطَّرد ، أو عن إهمال في صياغة النص أو تفصيل مضمونه .

ثانياً : العيوب : يعتور العرف عدة أمور تنال من وجاهة مزاياه وأهميتها ، ويمكن إجمال هذه العيوب التي تعد مزايا للتشريع في كونه بطيء النشأة وصعب التغيير وعسير الإثبات وضيق النطاق ، وذلك على النحو الآتي :

١- بطيء النشأة : يعيب العرف بُطء تكون ركنيه المادي (الاعتياد) والمعنوي (الشعور بالإلزام) ، فتكون هذين الركنين يستغرق فترة زمنية ليست بالقصيرة . وهنا يكمن أهم عيوب العرف، فمن المعروف أن الكثير من المشكلات يستدعي معالجة حاسمة وسريعة ، فعلى سبيل المثال لا يمكن التعديل على العرف في نشوء قواعد ملزمة واجبة الاتباع أثناء وباء ما ، لأن العرف لن يصلح لهذه المهمة .

٢ ــ صعب التغيير[٧٨٧] : يصعب تغيير العرف وهو الذي ينشأ بتراكم الأزمة وتعاقبها لمواكبة تغير حاجات المجتمع ، فتكون عرف جديد مخالف لما أستقر عليه الناس بالفعل أمر صعب من الوجهة العملية .

٣ ــ عسير الإثبات : يثور الخلاف عادة بشأن إثبات العرف خصوصاً فيما يتعلق بمبدأ وجوده وتوقيت ظهوره مما يلقي بالخصوم في دوامة الإثبات وهو ما يفرض ستاراً من الغموض حول حكمه الواجب الإنزال على المنازعات التي يحكمها .بعبارة أخرى إن تطبيق العرف مرهون بإقامة الدليل على وجوده وهو ما ليس بالأمر اليسير على الإطلاق .

٤- ضيق النطاق : يغلب أن يختلف العرف من إقليم إلى آخر بل إنه قد يختلف في الإقليم الواحد بحسب المناطق ومهن السكان مما يضر بالأفراد والدولة على حد سواء : فالأفراد الأجانب عن الإقليم يجهلون أحكامه ، والدولة تواجه مشكلة تنوع

---

(٧٨٧) أو بطيء التغيير : الوكيل رقم ١٧٤ ص ١١٢ .

الأحكام القانونية التي تحكم نفس المسائل من إقليم أخر . وكل من هذين الأمـــرين ينال من استقرار المعاملات ووحدة الدولة وهيبتها[٧٨٨] . وهنا يظهر تفوق التشريع كأداة عامة التطبيق مفترض العلم بمضمونها.

علي أية حال فإن مزايا العرف ترجح عيوبه ، بل إن في استعراضنا لمزايـــاه وعيوبه دليل على عدم مجانبة الصواب للمشرع عندما جعله ــ كقاعــدة عامـــة ــ مصدراً يلي التشريع في المرتبة ، فجمع المشرع بذلك مزايا العرف المتمثلة فـــي طابعه العملي ومضمونه المتطور وقدرته على تكملة التشريع إلى جـــوار مزايـــا التشريع المتمثلة في سرعة نشأته وسهولة تغييره ويسر إثباته وسعة نطاقـــه ممـــا ينعكس على وحدة الحكم القانوني واستقرار المعاملات .

المطلب الثاني

مبادئ الشريعة الإسلامية

Principes du droit musulman "Sharia"

تعد مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً احتياطياً ثانياً يلجأ إليه القاضي إذا عجز التشريع والعرف عن تقديم الحل القانوني للمسألة المعروضة عليه . ولم يتغير ذلك بصدور الدستور المصري سنة ١٩٧١ الذي نص على أن هذه المبـــادئ "مصـــدر رئيسي للتشريع" أو بتعديل هذا النص بالاستفتاء الذي تم سنة ١٩٨٠ لتصبح هـــذه المبادئ "المصدر الرئيسي للتشريع" لأن هذا النص يخاطب به المشرع [٧٨٩] وليس القاضي [٧٩٠] . وكل ما يترتب على وكل ما يترتب على الصـــياغة الجديـــدة هـــو إضافة أداة التعريف "ال" مما يترتب عليه إحكام صـــيغة الخطـــاب الموجـــه إلـــى

(٧٨٨) السنهوري وأبو ستيت رقم ٨٠ ص ٩٤ ، ومرسي ومصطفى رقم ١٣٠ ص ١٢٠ وخضر رقـــم ١١٦ ص ١٣٧ .

(٧٨٩) سبق أن تحدثنا عن أحكام القضاء وآراء الفقهاء المؤيدة لذلك عند دراستنا للدين كمصـــدر أصـــلي للتشريع في بعض المسائل : أنظر سابقاً بوجه خاص ص ١٥٨ .

(٧٩٠) انظر عكس ذلك : العطار رقم ٦٨ ص ١٥٨ .

المشرع لتصبح أكثر إلزاماً ، فلا تعد مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع بل هي الآن المصدر الرئيسي له بالنسبة للقوانين اللاحقة لهذا التعديل الدستوري أما القوانين السابقة عليه والتي قد يشك في احترامها للشريعة فهي بمنأى عن الطعن بعدم دستوريتها ولا يوجد سوى التزام أدبي على المشرع بتعديلها لتلتئم مع باقي النصوص اللاحقة التي يجب أن تستقي من الشريعة الإسلامية ، وهنا نتساءل عن المقصود بهذه المبادئ ؟ بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية للقانون المدني [791] نجد أن النص على هذه المبادئ فيه كان مقصودا به التجديد لقضاء حق الشريعة الإسلامية لا بوصفها مصدراً تاريخياً من قواعد المشروع فحسب بل بوصفها مثالاً فريداً على "الصياغة الفنية الرفيعة" . وكان النص في لجنة المراجعة يتحدث عن "قواعد الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين" وهو ما اعترض عليه لاختلاف المذاهب مما سيسبب اضطراباً بين أحكام القضاء مما دفع اللجنة إلى حذف هذه العبارة الأخيرة .

وجاء في تقرير لجنة المراجعة لتبرير هذا الحذف له أن حكم هذه العبارة "مفهوم في حدود فكرة الملاءمة" وأضافت اللجنة أنها لم تر محلاً للإشارة إلى عدم التقيد بمذهب معين "باعتبار أن الرجوع سيكون إلى المبادئ وهي لا تختلف باختلاف المذاهب" .

وقد خلص الفقهاء من هذا كله إلى أن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية هو

---

(٧٩١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج١ ص ١٨٩ وما بعدها . ويلاحظ أن » المناط في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية استجابة الشارع لدعوته وإفراغ مبادئها السمحاء في نصوص محددة ومنضبطة يلتزم القضاء بمقتضاها بدءاً من التاريخ الذي تحدده السلطة التشريعية لسريانها . والقول بغير ذلك يؤدي إلى الخلط بين التزام القاضي بتطبيق القانون الوضعي وبين اشتراع القواعد القانونية التي تتأبى مع حدود ولايته فضلاً عن أن تطبيق الشريعة الإسلامية يقتضي تحديد المعين الذي يستقي منه الحكم الشرعي من بين مذاهب اللائحة المتعددة والمتباينة في القضية الشرعية الواحدة« : نقض مدني ٢٣ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٨٢ طعن رقم ٢٣٧٠ س ٥١ ق ، المدونة الذهبية للقواعد القانونية للنقض ، الإصدار المدني ، العدد الثاني ، المجلد الثاني ، طبعة سنة ١٩٨٤ ص ١٥٨٢ (سابق الإشارة إليه) وفي نفس المعنى : حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٧٠ لسنة ٦ ق الصادر في ٤ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٧ (المشار إليه في مقال للأستاذ أسامة أبو الحسن منشور في مجلة القضاء (س ٣ عدد مايو/أيار – يونيه / حزيران سنة ١٩٨٨) تحت = = عنوان : خواطر دستورية : المادة الثانية من الدستور المصري بين قضاء النقض والدستورية العليا والتي يتساءل فيها سيادته عن جواز اعتبار المشرع مرتكباً لمخالفة للدستور عن طريق الامتناع لعدم تعديله القوانين الحالية لتتفق مع المادة الثانية من الدستور .

الأحكام العامة الكلية الأساسية التي لا تكون محلاً للخلاف بين المذاهب دون التفصيلات المتغيرة بتغير ظروف كل مجتمع وشئونه(٧٩٢)

مع ذلك فإن لنا ملاحظتين بشأن تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في مصر :

الملاحظة الأولى : أن المشرع المصري أحال إلى مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر تال للعرف وليس سابقاً عليه وهذا الأمر أدي إلى القول بأن هذه المبادئ "لم ولن تلعب دوراً في نظرية مصادر القانون المصري فالعرف قد استغرق إلى حد كبير العديد من أحكام الشريعة .فأحكام الشريعة الإسلامية دخلت في ضمير الجماعة بحيث أصبح الكثير من أحكامها عرفاً للمصريين بصرف النظر عن ديانتهم" (٧٩٣). لذلك فإن تقديم العرف على مبادئ الشريعة الإسلامية سيجعل للعرف الأولوية دائماً . وهذا في حد ذاته لا يجب أن يكون مصدراً للنقد لأن العرف هو أحد تطبيقات الشريعة الإسلامية وهي كما قيل بحق تقر العرف حتى قالوا "المعروف عرفاً كالمشروع شرعاً " (٧٩٤) .

الملاحظة الثانية : إن الرجوع إلى الكتابات الفقهية للتعرف على الأحكام الكلية للشريعة الإسلامية يجب أن يكون مع الوضع في الاعتبار أن هذه الكتابات ليست إلا تفسيرات واجتهادات لمبادئ الشريعة الإسلامية ، فهي ليست هذه المبادئ ولن تكون كذلك أبداً . فالمبادئ ثابتة أما التفسيرات والاجتهادات فهي متغيرة ومتطورة بتغير الحياة وتطورها . لذلك فإننا نؤيد ما قيل من أن الرجوع المنطقي لمبادئ الشريعة الإسلامية يكون إلى الأصول ثم إلى ما يتفرع عليها من أحكام وليس العكس وأن الحل يجب نسبته إلى الأصل الذي قام عليه الاجتهاد وليس إلى المجتهد وحده(٧٩٥) . فآراء الفقهاء القدامى هي خير هاد للفقهاء المحدثين شريطة أن تكون

---

(٧٩٢) الشرقاوي رقم ٥٢ ص ١٣٨، ومنصور رقم ٨٣ ص ١٥٩ ، والبدراوي رقم ٢٢٥ ص ٣٤٣ ، وكيره رقم ١٦٥ ص ٣٠١ ، وزكي رقم ٧٠ ص ١٣٣، وسلامة رقم ٧٤ ص ١٦٤ : ١٦٥ ، وجمعة ص ص٢١٥ : ٢١٦ ، والوكيل رقم ١١٩ ص ٢٠٢ ، وسلطان ص ٨٢ ويحيى ص ١٣ ، وأبو السعود ص ٦٩٨ وكامل رقم ٧٦ ص ١٥٦ .

(٧٩٣) الإهواني رقم ٢٢٣ ص ١٨٩.

(٧٩٤) القاضي ص ٢٠٦ .

(٧٩٥) الإهواني رقم ٢٢٠ ص ١٨٧ وما بعدهما وينوه سيادته بذلك بقوله " والغريب ليس فقط في اعتبار

متفقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية .

خلاصة القول أن الرجوع لمبادئ الشريعة الإسلامية سيظل له قيمة أدبية كبيرة بالنسبة للقاضي فهي معين متجدد للأحكام ، وإذا حدث يوماً أن تحجج قاض بأنه بحث فيها دون أن يجد بغيته فإن مرد ذلك لن يكون إلا القصور في منهج البحث الذي أخذ به .

حيث يجب عليه أن يلجأ إلى أصول هذه المبادئ التي يقوم عليها نظامه القانوني واضعاً في اعتباره أن دين الدولة الرسمي هو الإسلام ومبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع فيها .

المطلب الثالث

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

Principes du droit naturel et règles de L'équité

ألزم المشرع القاضي بالبحث عن الحل القانوني للنزاع في مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة إذا انغلقت أمامه أبواب القانون **(**والدين بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية**)** ، والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية ، فما المقصود بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة؟

أولاً: مبادئ القانون الطبيعي[٧٩٦] : يقصد بهذه المبادئ مجموعة القواعد التي يستخلصها العقل البشري من طبيعة الروابط الاجتماعية[٧٩٧] وفقاً للمجري العادي

كتب الفقه الإسلامي مصدراً ملزماً للقانون وإنما أيضاً في تقديمها على مبادئ الشريعة الإسلامية أي في تقديم الفرع على الأصل الذي قام عليه " .

(٧٩٦) انظر في القول بأن النص على هذه المبادئ يفتح باب الاجتهاد أمام القاضي : العطار رقم ١٢٢ ص ٢٧٧.

(٧٩٧) انظر في تعريف القانون الطبيعي مقال للأستاذ: M.André TOYLEMON، Le droit

للأمور . فهي بذلك مجموعة من المثل العليا السائدة التي تعبر عن رأي الجماعة في ضوء المصلحة العامة[٧٩٨] . ومفاد ذلك أن القاضي ليس له أن يفرض معتقداته وآرائه الشخصية عند استخلاص هذه القواعد[٧٩٩] .

علي أية حال فإن درجة كمال التشريع الوضعي تقاس بدرجة اقترابه من مبادئ القانون الطبيعي .

ثانيا : قواعد العدالة : يقصد بقواعد العدالة ما يستقر في النفس والوجدان من شعور يستهدف المساواة مع مراعاة الظروف والملابسات [٨٠٠] .

ويعن لنا التنويه بملاحظتين بشأن هذين المصدرين الاحتياطيين للتشريع :

الملاحظة الأولى : أن كليهما لا يرد القاضي إلى معيار يقيني ، وهذا ما فصلته مذكرة المشروع التمهيدي للتقنين المدني بقولها[٨٠١] أن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، شأنها في ذلك شأن الإذن للقاضي بأن يطبق ما كان يضع هو من القواعد لو عهد إليه بأمر التشريع (مادة ١/٢ من التقنين المدني السويسري) ، أو المبادئ العامة في قانون الدولة (مادة ٣ من التقنين المدني الإيطالي) أو مبادئ القانون العامة فحسب (مادة ١ من التقنين الصيني)، ".. لا ترد القاضي إلى ضابط يقيني وإنما هي تلزمه أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء . وهي تقتضيه في اجتهاده هذا أن يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة [٨٠٢] لا عن تفكير ذاتي خاص فتحيله إلى مبادئ أو قواعد كلية تنسبها تارة إلى القانون الطبيعي وتارة إلى العدالة وتارة إلى قانون الدولة أو إلى القانون بوجه عام دون نعت أو تخصيص"[٨٠٣] .

GAZ. PAL. naturel، P.4 (1980 2-4 mars) 1980 ، حيث ينبه إلى أن دور رجل القانون هو تحديد ما يتعارض مع القانون الطبيعي حتى لا يفرض الأقوياء وأصحاب النفوذ كلمتهم على من دونهم إعمالاً لقانون مفاده أن الأقوي هو دائما الأفضل . وانظر كذلك لاحقاً دراستنا لمذهب القانون الطبيعي ضمن مذاهب تفسير القانون وبيان أصله ص ٤١١ وما بعدها .

(٧٩٨) زكي رقم ٧٢ ويحيى ص ١٣٢ .

(٧٩٩) مرسي ومصطفى رقم ٤٤ ص ٤٩ .

(٨٠٠) يحيى ص ١٣٢ وجمعة ص ٢١٨ .

(٨٠١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج١ ص ص١٨٨ : ١٨٩.

(٨٠٢) والرأي مستقر في الفقه العالمي على أن عدالة الملاءمة تقتضي مراعاة الظروف الخاصة كل على حدة ... في ضوء المبادئ العامة للقانون : الأسيوطي ، مبادئ القانون ، رقم ١٢٣ ص ١٩٧ .

(٨٠٣) انظر في التنويه بأن وضع مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة بين المصادر الرسمية للقانون

الملاحظة الثانية : أن إعمال القاضي لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة مرهون بعدم وجود نص في القانون (والدين بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية) ، أو العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية . وبديهي أنه هذا المصدر الأخير يغني القاضي عن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة[٨٠٤] . ومفاد وضع هذين المصدرين في ذيل قائمة المصادر الرسمية هو منع القاضي من اللجوء إليهما إلا بعد استنفاده للمصادر التي تسبقها[٨٠٥]، فإذا وجد نصاً قانونياً (أو دينياً في مسائل الأحوال الشخصية) ، أو عرفاً أو مبدأ أو أكثر من مبادئ الشريعة الإسلامية امتنع عليه اللجوء إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ولو كان الرأي عنده أن النصوص الأعلى مرتبة غير عادلة[٨٠٦] أو لا تقبل الحكم الجديد إلا بشيء من القياس أو غيره من طرق التفسير[٨٠٧] .

علي أية حال فإن القضاء المصري كان عند حسن ظن المشرع به وأعمل مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ليصل[٨٠٨]إلي حماية الملكية الأدبية والفنية والصناعية وتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحقوق ونظرية تحمل التبعة ونظرية الحوادث الطارئة ، التي تعالج الاختلال الاقتصادي في العقود ، ومبدأ الغش يفسد كل شيء. [٨٠٩]

ليس إلا من قبيل إنقاذ المظهر حتى لا يقول المشرع للقاضي اجتهد برأيك فيؤخذ على قوله أن للقاضي سلطة التشريع وليس تطبيق القانون فحسب فهيأ المشرع بذلك للقاضي طريقاً مشروعاً ليفلت من جريمة إنكار العدالة (سلامة رقم ٧٥ ص ١٦٩) . وجدير بالذكر أن المشرع يعاقب القاضي عند ارتكابها بالغرامة التي لا تزيد عن مائتي جنيه والعزل من القضاء (المادة ١٢٢ من قانون العقوبات المعدلة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢) ، ويعد ممتنعاً عن الحكم كل قاض أبي أو توقف عن إصدار حكم بعد تقديم طلب إليه في هذا الشأن بالشروط المبينة في قانون المرافعات المدنية والتجارية ولو احتج بعدم وجود نص في القانون أو بأن النص غير صريح أو بأي وجه آخر .

(٨٠٤) أبو السعود ص ص٧٢٨ : ٧٢٩ .

(٨٠٥) كيره رقم ٢١٩ ص ٤١٤.

(٨٠٦) البدراوي رقم ٢٢٩ ص ٣٥٠ ، وخضر رقم ١٦٧ ص ص ١٩٦ : ١٩٧ وكامل رقم ٧٦ ص ١٥٩ .

(٨٠٧) البدراوي رقم ٢٢٨ ص ص ٣٤٨ : ٣٤٩ .

(٨٠٨) صفوت ص ص ١٥١ : ١٥٢ ومرقس رقم ١٦٩ ص ٤٧٢ وما بعدهما .

(٨٠٩) كانت المادة ٥٢ من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة تخول القاضي أن يتبع عند عدم وجود نص أو غموضه أو قصوره مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدل والإنصاف ، أما المادة ٢٩ من لائحة

ترتيب المحاكم الأهلية فكانت تنص على إحالة القاضي في هذه الأحوال إلى قواعد العدل .

المبحث الثالث

المصادر التفسيرية

Sources interpretatives / Persuasives

يعتبر الفقه والقضاء مصدرين تفسيرين للتشريع ، فيستمد منهما المشرع والقاضي الحكم المناسب ـــ رغم أنهما بحسب الأصل لا يلزمان أحداً[٨١٠] ـــ نظراً لقيمتها الواقعية العظيمة[٨١١] . فبراعة المشرع تقاس في غير المواد الجنائية بقدرته على صياغة نص مرن يسمح للقاضي والفقيه ببعث الحياة فيه كلما تطورت الحياة، فإذا أجمع القاضي والفقيه على أن النص المطروح نص قاصر عن أن يمدهما بالحل كان ذلك دليلاً على قصور في الصياغة أو على وقوع طفرة غير متوقعة في المجتمع خلقت حاجات جديدة لم تكن متصورة سلفاً . وبثبوت قصور النص يستهدي المشرع برأي القاضي والفقيه عند صياغته للنص القانوني الجديد . ومن هنا تنفذ أحكام القضاء وآراء الفقهاء إلى النصوص القانونية . بعبارة أخرى أن المشرع وحده يملك التشريع أما الفقيه والقاضي فلا يملكان سوى التفسير والتأصيل[٨١٢] . وهذه المهمة الأخيرة ليست منبتة الصلة بالتشريع بل هي وطيدة الصلة به ، فهي التي تهب النص الحياة المستعمرة وتلهم المشرع بالحلول الجديدة التي تحول النصوص القائمة دون الوصول إليها بغير تدخل تشريعي صريح .

ونقوم هنا ببيان دور الفقه والقضاء في مجال التشريع والتفسير عبر العصور المختلفة وصولاً إلى تشريعنا الحالي .

---

(٨١٠) البدراوي رقم ٢٣١ ص ٣٥٣ .

(٨١١) جمعة ص ٢١٩ .

(٨١٢) يعتبر البعض القضاء دون الفقه مصدراً مستقلاً من مصادر القانون الأصلية كالتشريع والعرف فهو يسد النقص في كل مصادر القانون الوضعي ويعدل قواعد القانون تحت ستار تفسيرها : تناغو رقم ١٥٣ ص ص ٥٠٧ : ٥١٠ .

المطلب الأول
الفقه
Doctrine/Jurisprudentia

ظهر الفقه في البداية في المجتمعات القديمة في عهد التقاليد العرفية[٨١٣] الذي تميز باعتماد القاعدة القانونية على العرف وتولي بعض المدنيين شرح القواعد العرفية . وقد اتسم أول عهد الرومان باحتكار رجال الدين للفقه ثم خلفهم في ذلك نفر من المدنيين من أعرق الأسر الرومانية وكان دور هؤلاء في التفسير واسعاً إلى حد كبير ، فكان يشمل الاستدلال على الحكم القانوني من نصوص التشريع إلى جوار ابتداع وخلق القواعد القانونية . وسرعان ما ظهر من يسمون بالخمسة الكبار في مجال الفقه وهم جايوس[٨١٤] . وبابينيانوس[٨١٥] ، وبولس[٨١٦]، وألبيانوس[٨١٧] ومودستينوس[٨١٨] وكان

---

(٨١٣) الأستاذ الدكتور صوفي أبو طالب ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٧٧ ص ٢٥ .

(٨١٤) جايوس (Gaius) أوكايوس (Caius) (صاحب مدونة شهيرة وضعها قبل عهد جوستنيان واتبعت في عموم المدارس ثم اتخذت أساساً للمدونة التي أمر جوستنيان بوضعها لتعليم الفقه للشبان ، وقد لمع نجمه إبان حكم الإمبراطور مارك أوريل : انظر ملاحق مدونة جوستنيان المترجمة عن كتاب فرنسي صدر في باريس سنة ١٩٣٩ترجم فيه واضعه الأستاذ بلوندو مدونة جوستنيان وشفعها بخمسة ملاحق ليسهل على المُطّلع فهم ما بها ونقلها إلى العربية عبد العزيز فهمي باشا في كتاب صدر سنة ١٩٥١ عن مطبعة جامعة فؤاد الأول تحت هذا عنوان "وهو ملاحق مدونة جوستنيان" .. رقم ٨٢ ص ص ٢٨ : ٢٩ ويشير صاحب المؤلف الأخير إلى أن جوستنيان Justinien ولد في مدينة ايليريا (Illyrie) سنة ٤٨٢ قبل الميلاد (المقابل لسنة ١٢٣٥من تاريخ تأسيس مدينة روما (الملاحق ص ١٢٠) وكان يُحسن اختيار قواده ووزرائه وقد خلد اسمه ارتباطه بالأعمال التشريعية التي تمت على يد الفقيه تريبونيان (الملاحق ، رقم ١٠٨ ص ٣٢ و ٦٢).

(٨١٥) ايميلوس بابنيان أوبابنيانوس (Aemilius Papinianus) وهو أمير الفقهاء الرومان القدماء والمحدثون وصاحب عدة كتب في المسائل القانونية والفتاوي وقد أمر الإمبراطور كاركلا بقتله وهو في عز قوته إبان رياسته لمجلس الأحكام لرفضه أن يبرر قتل هذا الإمبراطور لأخيه وإصراره على القول بأن "اتهام قتيل بريء بالقتل قتل له ثان« : ملاحق المدونة ، رقم ٩١ ص ٣٠ .

(٨١٦) جوليوس بولص (Julius Paulus) صاحب عدة مؤلفات بين تعليقات وشروح وتقريران وقواعد وقد عمل تحت رياسة الفقيه بابنيان في مجلس الأحكام ثم خلفه في رياسته (انظر ملاحق المدونة ، رقم ٩٤ ص ٣٠) .

(٨١٧) دومتيوس أولبيانوس (Domitus Ulpanus) وهو رئيس مجلس الأحكام في عهد الإمبراطور إسكندر سيفير وصاحب كتاب في القواعد وقد دفع حياته ثمناً لجهوده الإصلاحية على يد جنود الحرس الملكي وهو صاحب المرتبة الثانية بعد الفقيه بابنيان : ملاحق المدونة رقم ٩٥ ص ٣١ .

(٨١٨) هيرنيوس مودستينوس (Herennus Modestinus) وهو من أصحاب الفقيه أولبيان وله عدة مؤلفات فقهية : ملاحق المدونة رقم ١٠٢ ص ٣٢ .

لآراء هؤلاء الفقهاء من الإفتاء وإن تجردت فتاويهم من أية قيمة إلزامية .

وفي عهد دريانوس في منتصف القرن الثاني الميلادي أصبح الفقهاء أعضاء في المجلس الاستشاري للإمبراطور ، ولم يعد لآراء الخمسة الكبار قيمة إلزامية إلا في حالة إجماعهم على رأي سواء . أما في حالة اختلافهم فقد كان للقاضي أن يتخير الرأي الراجح ـ في رأيه- من بين آرائهم .

وفي سنة ٤٢٦ قبل الميلاد صدر تشريع إمبراطوري جعل لآراء الخمسة الكبار قوة رسمية سواء أجمعوا على رأي واحد أو اتفقت أغلبيتهم على رأي معين، أما عند تساوي الآراء فترجح كفة الفقيه بابنيانوس، فإذا لم يوجد له رأي فيكون للقاضي حرية تبني رأي أي من الكفتين .

وعندما صدرت المجموعات القانونية للإمبراطور جوستنيان تضمنت تجميعاً لآراء الفقهاء بعد تنقيحها من جانب لجان مؤلفة من أساتذة القانون والمحامين ويرأسها وزير العدل تريبونيان حتى تتفق وروح العصر، وقصر حق تفسيرها على نفسه. مع ذلك فقد صدرت عدة تعليقات وحواشي لها في حياة جوستنيان وبعد مماته.

على أية حال فإن ما يهمنا في هذا الصدد هو الدور العظيم الذي لعبه الفقه لدى الرومان والذي جعل الفضل ينسب إليهم في بلورة أحكام القانون الروماني[٨١٩] وصياغة الأحكام القضائية التي صدرت في ظله[٨٢٠] .

ولم يكن دور الفقه في الإسلام بأقل حظاً من دور الرومان [٨٢١]، فيعد الإجماع ـ وهو اتفاق الفقهاء المجتهدين في عصر من العصور بعد وفاة الرسول صلي الله عليه وسلم على حكم شرعي ، وليس عقلياً ولغوياً ، في واقعة من الوقائع قولاً أو

---

(٨١٩) انظر الدكتور فخري أبو سيف مبروك ، مراحل تاريخ القانون في مصر ، محاضرات على الآلة الكاتبة ألقيت إلى طلاب كلية الشرطة في السنة الجامعية ١٩٧٨ : ١٩٧٩ ص ٣٥٥ .

(٨٢٠) 6 ème édition P.U.F série Que sais-je Le droit romain, Michel Villey, Edition1972 p.7 .

(٨٢١) انظر المرجع القيم للأستاذ الدكتور مختار القاضي ، اثر المدنية الإسلامية في الحضارة الغربية ، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية : لجنة التعريف بالإسلام ، الكتاب الثاني والتسعون ، القاهرة ١٩٧٢ حيث ينوه سيادته بأن الفقه في أول أمره كان شاملاً لكافة علوم الدين ، كما كان يتضمن كافة المسائل الفرعية الخاصة بالمعاملات والعبادات وغيرها (ص ١٧)
وانظر في تفصيل أحكام الإلتزامات في القانون الروماني :
Droit romain et ancien droit Français ،A.E. GIFFARD et Robert VILLERS ،(Obligations, Précis Dalloz, 4 éme Edition1976.

فعلاً مصدراً للتشريع ومن المعلوم أن الإجماع قد يكون .صريحاً بالقول أو الفعل أو سكوتياً إذا تمثل في سكوت باقي المجتهدين على رأي قيل[٨٢٢]. وقد توصل المجتهدون إلى عدة حلول[٨٢٣] عن طريق الإجماع مثل بطلان زواج المسلمة بغير المسلم أو زواج المسلم بالمشركة ، وعدم ميراث أبن الابن مع وجود الابن وإجماع الصحابة على إرث الجدة السدس في الميراث وتحريم الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها والقول بأنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، وتحريم الزواج بالجدة[٨٢٤].

والمعروف أن مصر كانت تتبع المذهب الحنفي وحده في القضاء الشرعي والفتوى حتى سنة ١٩٢٠ ، وفي هذا العام بدأ تأثير باقي المذاهب في هذا الشأن . ففي سنة ١٩٢٩ صدر قانون المواريث والوصية والوقف دليلاً على هذا التأثير[٨٢٥] . وهذا ما تأكد في القوانين اللاحقة . وإن كان التشيع للمذهب الحنفي بلغ مبلغه من المشرع المصري عندما أوجب القانون على القاضي في منازعات الأحوال الشخصية أن يأخذ بأرجح الأقوال في المذهب الحنفي إذا لم يجد نصاً وضعيا يسعفه.

ويلعب الفقه المصري دوراً كبيراً في تحديث القوانين بجهود إبداعية غير منكورة ، وقد كان لجيل الرواد الفضل في تعريب المصطلحات القانونية حتى ظهر أعظم فقيه قانوني في العالم العربي وهو الأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري الذي تصدي لعمل مؤلف ضخم من عشرة أجزاء شرح فيه أحكام القانون المدني كلها تحت اسم الوسيط في شرح القانون المدني، وما يمتاز به أسلوب هذا الفقيه العظيم هو البساطة والوضوح والبلاغة واليسر . وقد خرج عدد غفير من الفقهاء

---

(٨٢٢) البرديسي ص ص ٢١٨ : ٢١٩ .

(٨٢٣) البدراوي رقم ٢٣٤ ص ص ٣٥٩ : ٣٦٠ والبرديسي ص ص٢٢٣ : ٢٢٥.

(٨٢٤) رفض الخليفة أبو جعفر المنصور ومن بعده الرشيد اعتماد مذهب واحد للعمل به ورأي في اختلاف الآراء ما رآه مالك انعكاساً لتغيير الظروف من بلد إلى آخر ولما شاعت الفوضي وتصدي للاجتهاد غير المؤهلين لذلك أقفل باب الاجتهاد في أواخر القرن الرابع الهجري اكتفاء بآراء الأئمة الأربعة (أبو حنيفة ومالك والشافعي وأبن حنبل) : أنظر في تفصيل أحكام الاجتهاد وشروطه : البرديسي ص ٤٥٩ وما بعدها.

(٨٢٥) البدراوي رقم ٢٣٥ ص ٣٦٣ .

في شتي فروع القانون من عباءة هذا الرجل[٨٢٦] .

يضاف إلى ما تقدم الأبحاث الفقهية الجادة التي ينشرها أعضاء هيئات التدريس بالجامعة في المجلات العلمية المختلفة مثل مجلة القانون والاقتصاد التي تصدر عن كلية حقوق القاهرة ومجلة العلوم القانونية الاقتصادية التي تصدرها جامعة عين شمس ومجلة مصر المعاصرة التي تصدرها الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع ومجلة القانون الدولي التي تصدرها الجمعية المصرية للقانون الدولي . كذلك الحال بشأن باقي المجلات العلمية الرفيعة المستوي التي تصدر عن باقي كليات الحقوق والشريعة المنتشرة في مصر .

ولا يوجد ما يمنع من إضافة فتاوى مجلس الدولة الصادرة من قسم الفتوى والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى الرصيد الفقهي المصري إلى جوار رسائل الدكتوراه التي تناقش في كليات الحقوق[٨٢٧]ورسائل الماجستير والدكتوراه التي تناقش في كليات الشريعة والقانون[٨٢٨] . وإن كان الملاحظ أن سوء الأحوال الاقتصادية بوجه عام وارتفاع أسعار الطباعة وعدم وجود عدد كاف من الناشرين المدركين لأبعاد وظيفة الناشر التثقيفية والتسويقية ، يحول بين المؤلفين وبين نشر هذه الثروات ، ولا شك في أن نشر أهم هذه الرسائل كل سنة سيترتب عليه نهضة فكرية متميزة لا مجال للاستفادة منها ، على نطاق واسع ، في ظل الوضع الراهن لا سيما مع عدم توافر قواعد بيانات لهذه الرسائل وعدم إمكان الحصول عليها عبر

---

(٨٢٦) كيره رقم ١١٢ ص ٢١٢ .ونشير إلى ما قاله الأستاذ الدكتور السنهوري سنة ١٩٣٤ من أن الفقه المصري لا يزال يتلمس في الفقه الفرنسي الهادي المرشد ، لا يكاد يتزحزح عن أفقه ،= = أو ينحرف عن مساره ، فهو ظله اللاصق ، وتابعه الأمين (نظرية العقد ، المجمع العلمي العربي الإسلامي / بيروت – لبنان سنة ١٩٣٤ ، ص هـ) ويقع على من خلف هذا الفقيه العظيم السعي إلى تغيير هذا الوضع القائم .

(٨٢٧) الإهواني رقم ٢٦٨ ص ٢٣٣ وينبه سيادته بحق إلى الحذر في الرجوع لأي رسالة دكتوراه لصدورها عن طالب علم وليس فقيهاً متمرساً .

(٨٢٨) نأمل أن تكون رسائل الماجستير بكلية الحقوق جامعة القاهرة بعد تعديل لائحة الكلية بداية من السنة الجامعة ١٩٨٩ – ١٩٩٠ ، بعد الحصول على الدبلوم الأول ، كبديل للدبلوم الثاني ثروة فقهية تضاف إلى رصيدنا الفقهي العربي : انظر على سبيل المثال رسالة الماجستير المقدمة من الطالبة جورجيت صبحي عبده قليني ، الاستقلال في الاعتماد المستندي ، (قدمت إلى كلية حقوق القاهرة)المنشورة بالقاهرة سنة ١٩٩٢ ، وكذلك رسالة الطالب محمد حافظ عبد الحفيظ سليمان في حرية الرأي والتعبير والرقابة على المصنفات (قدمت إلى كلية حقوق بني سويف) القاهرة ١٩٩٢ ورسالة الطالب بهاء هلال الدسوقي ، قانون التجار الدولي الجديد ،(قدمت إلى كلية حقوق القاهرة) في ٣ من أبريل/نيسان سنة ١٩٩٣.

شبكات المعلومات .

المطلب الثاني
القضاء

Jurisprudence / Jurisprudentia

يطلق مصطلح القضاء على الجهة المنوط بها إصدار الأحكام القضائية بدرجاتها المختلفة [٨٢٩] ، وأيضاً على ما تصدره هذه المحاكم من أحكام . كما يطلق على الاتجاه السائد لدى المحاكم في موضوع معين . وما يعنينا هو المعنى الثاني وهو أحكام المحاكم[٨٣٠] .

ولا يعد القضاء بذلك مصدراً رسمياً للقانون اللهم إلا في البلاد الانجلو أمريكية التي تأخذ بنظام السوابق القضائية أي البلاد التي يعد حكم القاضي فيها ملزماً لعدم وجود قانون مكتوب فيها بوجه عام [٨٣١] . بعبارة أخرى أن البلاد التي تنتمي إلى الشريعة اللاتينية لا تعطي لحكم القاضي أية صفة ملزمة ، ولكن ما يحدث هو أن يؤدي استقرار أحكام القضاء على أمر معين يؤدي إلى أن يخلق القاضي القانون من الوجهة العملية . وهذا هو ما دفع البعض إلى القول بأنه "إذا استحال علينا أن نصف القضاء بأنه مصدر رسمي للقانون أمكننا القول بأنه مصدر شبيه

---

(٨٢٩) صدر قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية برقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ (الجريدة الرسمية ، العدد ١٦ تابع ، ٢١ من أبريل/نيسان سنة ١٩٩٤ ص ٤) مستخدماً عبارة هيئة التحكيم للتعبير عن الهيئة المشكلة من محكمة أو أكثر للفصل في النزاع المحال إلى التحكيم ولفظ المحكمة للدلالة على المحكمة التابعة للنظام القضائي في الدولة ومخولة لكليهما إصدار حكم .

(٨٣٠) سلامة رقم ٨٧ ص ص١٧٣ : ١٧٤ .

(٨٣١) ويحدث في هذه الدول أن تصدر قوانين متفرقة لتنظيم مسائل معينة ، والغالب في هذه القوانين أن تكون مقننة لأحكام القضاء والغريب أن القاضي في النظام الإنجليزي لا يرسخ في ذهنه معنى القانون إلا بعد أن يحكم به ويصبح سابقة قضائية . انظر أستاذنا العميد الدكتور جميل الشرقاوي ، دروس في القانون المدني المقارن : مقدمة الدراسات المقارنة ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٠، ص ١٨٠ .

بالرسمي"[٨٣٢] .

وحتى تتضح هذه المعاني نتتبع القضاء في العهود القديمة ثـم فـي العصـر الإسلامي وانتهاءً بالعصر الحديث وبوجه خاص في مصر .

١- **القضاء في العهود القديمة** : نعرض هنا للقضاء في عهد القوة ثم عهـد التقاليد الدينية ثم عهد التقاليد العرفية ثم عهد التدوين وفي النهاية نعرض لـه فـي مصر الفرعونية ثم في روما .

أ ـ القضاء في عهد القوة[٨٣٣] : لم يكن هناك أي قانون أو قضاء فـي هـذا العهد وفقاً للمعنى المعاصر وإنما كانت شريعة الغاب هي السائدة وكان القوي هـو صاحب الحق في كل الأحوال . وقرب نهاية هذا العصر بدأ رؤساء الجماعات في التدخل لتشجيع المتنازعين على التصالح حقناً للدماء وطلباً للاستقرار ، وإن كـان تدخلهم هذا كان غير ملزم للمتنازعين .

ب ـ **القضاء في عهد التقاليد الدينية**[٨٣٤] : وهو العهد الذي كان يطلق عليـه عهد الوحي الإلهي وهو عهد تميز بوجود قواعد دينية تحكم حياة النـاس . وكـان يتولى منصب القضاء رب الأسرة أو العشيرة أو القرية أو شيخ القبيلة حسب درجة تقدم كل مجتمع ، وبعد ظهور الدولة تولي القضاء الملك بنفسه أو عن طريق أعوان يعينهم لهذا الغرض . وتميز هذا العهد بمكانة كبري لرجال الدين في القضاء وتنفيذ الأحكام .

جـ- **القضاء في عهد التقاليد العرفيـة**[٨٣٥]: وهو العهد الذي سجل انفصـال الدين عن القانون ، فظهر القضاء المختلط مؤلفاً من مدنيين ورجال دين في مرحلة أولي ، ثم بدأ دور رجال الدين في الانحسار لحساب المدنيين حتى أصبح القضـاء الديني مختصاً بالأمور المتصلة بالدين بصورة مباشرة أو غير مباشرة مثل الزواج والزنا والحنث باليمين .

د ـ **القضاء في عهد التدوين** : وهو عهد الكتابة الذي تم فيه إصدار مدونات

---

(٨٣٢) عبد الباقي رقم ٢٤٠ ص ص ٢٢٥ : ٢٢٦ .
(٨٣٣) أبو طالب ص ٢٤ و ٣٩ وما بعدها .
(٨٣٤) أبو طالب ص ٢٥ وص ص ٨٠ : ٨١ .
(٨٣٥) أبو طالب ص ٢٥ و ص ١٠١ .

قانونية من جانب الدولة والأفراد على حد سواء وتبلور إبانه النظام القضائي فتعدد القضاة وألزموا جميعاً بتطبيق قانون موحد .

٢- **القضاء في مصر الفرعونية** : تدل الوثائق التي وصلت إلينا على أن الفراعنة عرفوا نظام التقاضي في عصر الدولة القديمة (٢٧٨٠ ــ ٢٢٧٠ قبل الميلاد) وبالذات في عهد الأسرة الخامسة[٨٣٦] ، فكان ممثلو السلطة التنفيذية يتولون القضاء : فيرأس حاكم الإقليم محكمة الإقليم ، أما الوزير فيرأس المحكمة العليا في العاصمة وهي المحكمة التي تستأنف أمامها أحكام محاكم الأقاليم . وكانت الأحكام تصدر في كل الأحوال باسم الملك كما انقسم القضاء في عهدهم إلى قضاء عام وقضاء خاص : فكان القضاء العام يتم على درجتين وهما محكمة المحافظة ثم محكمة الاستئناف ، أم القضاء الخاص فشمل عدة صور أهمها القضاء الإداري وكان يصدر قرارات تقبل التظلم منها أمام هيئة قضائية أعلى ، والتحكيم وقراراته نهائية قابلة للتنفيذ الفوري ، والمحكمة الإقطاعية أو محكمة الإله الأعظم أي الملك وهي محكمة يرأسها الملك بعضوية بعض الأشراف من كبار رجال البلاط الملكي الذين يختارهم (الملك) وتنظر المنازعات بين الإشراف والمسائل المتعلقة بعهد الولاء الذي يربط الشريف (ايماخ) بالملك .

وفي أواخر عهد الأسرة السادسة آخر أسر الدولة القديمة تحولت الأقاليم إلى إمارات ، وباتت الأحكام تصدر باسم إله الأقاليم ولا تقبل الطعن فيها مما أدي إلى اندثار المحكمة الاستئنافية العليا .

٣- **القضاء في روما** : كان الملك يصدر الأحكام القضائية بمعاونة الكهنة مع بداية العصر الملكي[٨٣٧] .

ومع مطلع العصر الجمهوري (٥٠٩ ــ ٢٧ قبل الميلاد) اختص القناصل بإصدار الأحكام القضائية . وبعد ذلك ظهرت في روما وظيفة جديدة وهي وظيفة

---

(٨٣٦) أما قبل هذا العهد فيفترض الباحثون معرفة الفراعنة لنظام التقاضي لأن شيئاً من الوثائق لم يصلنا في هذا الشأن : أبو طالب ص ١٥٥ وص ص ١٧٨ : ١٨١ وانظر في استعراض تاريخ الأسرات الفرعونية الأستاذ العلامة أحمد فخري ، مصر الفرعونية ، مكتبة الانجلو المصرية ، طبعة مصورة من طبعة سنة ١٩٦٠ مؤرخة في سنة ١٩٨٦ .

(٨٣٧) ويبدأ هذا العصر بنشأة روما وينتهي بقيام النظام الجمهوري سنة ٥٠٩ قبل الميلاد : أبو طالب ص ٣٠٢ وص ٣٣ وما بعدها .

البريتور (Praetor) [(٨٣٨)] وكان هناك بريتوراً للرومان (سنة ٣٦٧ قبل الميلاد) وآخر للأجانب (سنة ٢٤٢ قبل الميلاد) ، وأقتصر اختصاص الأخير على المنازعات التي يكون أحد طرفيها من الأجانب ، وفي باقي أقاليم الإمبراطورية كان القضـــاة هـــم الولاة .

وفي عهد الإمبراطورية السفلي أو العصر البيزنطي (سنة ٢٨٤ قبل الميلاد : ٥٦٥ بعد الميلاد) تولي منصب القضاء موظفون يعينون خصيصاً لهذا الغرض .

ويلاحظ أن وظيفة البريتور هي تطبيق القانون المدني فكان يتـــولى بمســـاعدة الفقهاء إصدار منشور دوري (Edictum) عند توليه يتضمن البرنامج الذي سينتهجه خلال فترة ولايته وهي سنة واحدة ، وكان هذا البرنامج يتضمن نصوصـــاً مبينـــة للوسائل والإجراءات والنماذج الواجبة الاتباع أمام القضاء . كمـــا كـــان يصـــدر منشورات طارئة عند الضرورة بذلك. وكان كل بريتور ينقل ما ثبت صلاحه مـــن هذه النصوص ويسير عليها ، ومع الوقت استقرت هذه الأحكام وتبناها ولاة الأقاليم المختلفة فاكتسبت صفة العموم والدوام حتى سمي هذا البرنامج بالمنشور الـــدائم . وفي عهد الإمبراطور هارديان (١١٧ ـــ ١١٣٨ قبل الميلاد) كلف الفقيه جوليانوس بتجميع أحكام هذا المنشور وتعهُدها بالحذف والتعديل وبذلك تكون ما يسمي القانون البريتوري . وفي عهد جوستنيان صار القانون الروماني والقانون البريتوري قانوناً واحداً .

نخلص من هذا كله إلى أن قوانين روما بدأت قضاء وانتهت فقهاً [(٨٣٩)]، فهـــي أصلاً تجميعات لآراء القضاة .

٤- **القضاء في الإسلام**[(٨٤٠)] : الأصل أن يتولى ولي الأمر القضـــاء بوصـــفه

---

(٨٣٨) وتكتب أيضاً بريطور وجمعها براطرة : السنهوري وأبو ستيت رقم ١٧٠ ص ١١٨ .

(٨٣٩) السنهوري وأبو ستيت رقم ١٠٨ ص ١٢١ .

(٨٤٠) انظر في ذلك الرسالة القيمة للزميل محمد كامل محمد عبد النبي عبيد ، استقلال القضاء (دراسة مقارنة) والتي طبعها نادي القضاة بالقاهرة سنة ١٩٩١ ، وقد حصل بها الباحـــث علـــى درجـــة الدكتوراه من كلية حقوق القاهرة سنة ٩٨٨١ ، وانظر أيضا المرجع الموسوعي للزميـــل الأســـتاذ الدكتور محمد عبد الوهاب خلاف ، تاريخ القضاء في الأندلس من الفتح الإسلامي إلى نهاية القرن الخامس للهجرة ، الحادي عشر الميلادي ، القاهرة سنة ١٤١٣ هـــ - ١٩٩٢ م ، وبالذات الفصل الثامن المعنون بـــ " نظم القضاء في الأندلس " ص ١٦١ وما بعدها .

مسئولاً عن الرعية فكان الرسول صلي الله عليه وسلم يتولى القضاء بنفسه . ومع أتساع الدولة الإسلامية وتضخم أعباء الولاة وتعقد أمور الرعية كان للرسول صلي الله عليه وسلم السبق في إرسال القضاة إلى الولايات وهي سنة اتبعها الصحابة رضوان الله تعالى عليهم من بعده .

ويلاحظ بوجه عام أن القاضي في ظل النظام الإسلامي لا يلتزم بالسابقة القضائية ولو كانت صادرة منه ، فلم يكن القضاء لديهم أبداً مصدراً للقاعدة القانونية(٨٤١).

٥- **القضاء في العصر الحديث : المثال المصري** : قدمنا أن القضاء في النظم اللاتينية ليست له قيمة ملزمة أما في النظم الانجلو أمريكية فهو ملزم لاعتماد هذه النظم على نظام السوابق القضائية (٨٤٢). والملاحظ أنه وإن كان الغالب في دول العالم بوجه عام هو اعتبار القضاء مصدراً تفسيرياً للقانون ، فإن "البصر الشامل بالقواعد القانونية يقتضي دراسة فاحصة لأحكام القضاء واستخلاص مسلكه في تطبيق هذه القواعد وتفسيرها"(٨٤٣). ويقتضي المقام التنويه بعدة ملاحظات على النظام المصري في شأن قيمة أحكام القضاء على النحو الآتي :

الملاحظة الأولى : أن المحاكم المختلطة كانت تتمتع باختصاص تشريعي حتى ١٥ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٣٧ وهو تاريخ نفاذ معاهدة مونترو الموقعة في أبريل/نيسان سنة ١٩٣٧ بشأن إلغاء الامتيازات الأجنبية في مصر (٨٤٤) ، فكان لزاماً موافقة الدول الأجنبية ثم الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلط على كل تشريع يراد تطبيقه على الأجانب(٨٤٥) وليس هناك أي اختصاص تشريعي للمحاكم الآن وإن كان يحدث أن تستشار الجمعية العمومية لكل محكمة أحياناً قبل

---

(٨٤١) وننوه هنا برسالة سيدنا عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما التي قال له فيها "ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك ، أن تراجع فيه الحق ، فإن الحق قديم لا يبطله شيء ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل " : انظر في الإشارة إلى ذلك الوكيل رقم ٨٢ ص ١٢٦ .

(٨٤٢) انظر في تطور القضاء في ظل النظام الإنجليزي :السنهوري وأبو ستيت رقم ١١٤ وما بعدها .

(٨٤٣) الوكيل رقم ٨٥ ص ١٣٥ .

(٨٤٤) صفوت ص ١١٦ .

(٨٤٥) السنهوري وأبو ستيت رقم ١٤٣ ص ١٨٦ هامش رقم (١) .

إصدار بعض القوانين كما حدث بالنسبة للتعديلات التي اقترح إدخالها على قانون المرافعات المدنية والتجارية والتي صدرت بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢.

الملاحظة الثانية : أن أحكام القضاء المصري كلها غير ملزمة أيا كانت المحكمة التي أصدرتها (٨٤٦) . مع ذلك فإن لأحكام محكمة النقض قوة إلزامية كبيرة من الوجهة الأدبية فقط(٨٤٧) ، فتتردد المحاكم الأدنى قبل مخالفتها . ويقيد من عموم هذا القول حالة استثنائية وحيدة وهي التي يكون فيها الحكم المطعون فيه قد نقض لغير مخالفة قواعد الاختصاص فتلتزم المحكمة التي أحيل إليها النزاع بالرأي القانوني الذي أيدته محكمة النقض (٨٤٨).

الملاحظة الثالثة :إن أحكام محكمة النقض المصرية ليست ملزمة للمحكمة نفسها فيمكنها العدول عنها في أي وقت . ونفرق هنا بين العدول الصادر عن مبدأ قانوني لنفس الدائرة التي أصدرت الحكم والعدول الصادر عن مبدأ قانوني لدائرة أو

---

(٨٤٦) في هذا المعنى قضت محكمة النقض بأن الحكم الذي يصدر من محكمة النقض والإبرام في المواد الجنائية في مسألة معينة لا يكون ملزمًا لمحكمة الموضوع التي تحال إليها الدعوى يعد هذا الحكم لإعادة الفصل فيها، إذ **المحكمة يجب دائمًا أن تنظر الدعوى وتفصل فيها من جميع = = نواحيها بكامل حريتها غير مقيدة في هذا حتى بما قالته محكمة النقض في تلك المسألة**، فإذا كان لها فيها رأي مخالف فرأيها يكون دون سواه هو الواجب عليها أن تسير على موجبه في قضائها" : جلسة ١٥ من أبريل/نيسان سنة ١٩٤٦، قضية رقم ٨٨٥ سنة ١٦ قضائية، مجموعة عمر، جـ ٧ رقم ١٤٤ ص ص ١٢٧: ١٣٢. كذلك حكم بأن دار الإفتاء لا تعتبر جهة قضاء ولا هيئة ذات اختصاص قضائي وأن ما يصدر عنها فتاوي ليس فصلاً في خصومة قضائية بل هو مجرد رأي لا تتوافر فيه خصائص القضاء ولا يرقى بالتالي إلى مرتبتها ، وهو رأي غايته بيان الحكم الشرعي بمقتضى الأدلة الشرعية في المسألة المستفتى عنها : المحكمة الدستورية العليا ، ٢ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٨٨ ، المحكمة الدستورية العليا ، مجموعة المكتب الفني ، ج ٤ ، رقم ٣ ، القضية رقم ٤ لسنة ٨ قضائية (تنازع) ، ص ٤٣٤ .

(٨٤٧) وهذا ما يعبر عنه بالقول بأن الفقه والقضاء من مصادر الإقناع أو من المصادر غير الرسمية : مرقس رقم ١٧٥ مكرر ص ٥٠٠ .

(٨٤٨) المقرر في قضاء محكمة النقض أنه إذا نقضت محكمة النقض حكم محكمة الاستئناف وأحالت القضية إلى المحكمة التي أصدرته فإنه يتحتم على المحكمة الأخيرة أن تتبع الحكم الناقض في المسألة القانونية التي فصل فيها ، والمقصود بالمسألة القانونية في هذا المجال هو الواقعة التي تكون قد طرحت على محكمة النقض وأدلت برأيها فيها عن قصد وبصيرة فيحوز حكمها في هذا الخصوص حجية الشيء المحكمة فيه في حدود ما تكون قد بتت فيه بحيث يمتنع على المحكمة المحال إليها عند إعادة نظرها للدعوى أن تمس هذه الحجية ويتعين عليها أن تقصر نظرها على موضوع الدعوى في نطاق ما أشار إليه الحكم الناقض (نقض مدني ، ٦ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٤، مجموعة المكتب الفني، س ٢٥، رقم ٢١ ص ٩٦). وقد أكدت المحكمة أن الحكم الناقض لا يجوز الطعن فيه بأي وجه من أوجه الطعن.

دوائر أخرى بالمحكمة نفسها[٨٤٩] :

أ ــ العدول الصادر عن مبدأ قانوني لنفس الدائرة : ويتم بإحالة الدعوى إلى الهيئة المختصة بالمحكمة للفصل فيها بأغلبية سبعة أعضاء على الأقل .

ب ــ العدول الصادر عن مبدأ قانوني لدائرة أو دوائر أخرى بنفس المحكمة : ويتم بإحالة الدعوى لهيئتي المحكمة مجتمعين (وهما هيئة المواد الجنائية وهيئة المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية وغيرها) وتصدر أحكامها بأغلبية أحد عشر عضواً على الأقل [٨٥٠].

فإذا انتهينا إلى ذلك كان واضحاً أن القضاء لا يعد مصدراً رسمياً للقانون في مصر وإن تمتع بهذا الوضع من الناحية الواقعية لعدم كمال التشريع[٨٥١] وليس في الإشارة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية والقانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر للحكم القضائي إلا دعوة مفتوحة للقاضي ليشرع[٨٥٢] تحت رقابة محكمة النقض[٨٥٣].

---

(٨٤٩) انظر الوضع المشابه في القضاء الإداري مادة ٥٤ مكرر من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة المضافة بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨٤ (الجريدة الرسمية ، العدد ٣١ من أغسطس/آب سنة ١٩٨٤) والتي تنص على أنه : " إذا تبين لإحدى دوائر المحكمة الإدارية العليا عند نظر إحدى الطعون أنه صدرت منها أو من إحدى دوائر المحكمة أحكام سابقة يخالف بعضها البعض أو رأت العدول عن مبدأ قانوني قررته أحكام سابقة صادرة من المحكمة الإدارية العليا ، تعين عليها إحالة الطعن إلى هيئة تشكلها الجمعية العامة لتلك المحكمة في كل سنة قضائية من أحد عشر مستشاراً برئاسة رئيس المحكمة أو الأقدم فالأقدم من نوابه " .

(٨٥٠) انظر في مخالفة نظرية كمال التشريع للعقل وما جرى عليه العمل : تناغو رقم ١٤٩ ص ٤٨٥ وما بعدها .

(٨٥١) البدراوي رقم ٣٤١ ص ٣٧٠ ، وجمعة ص ٢٢٣ ، والإهواني رقم ٢٤٦ ص ٢١١ : ٢١٢ ويحيى ص ١٤١ .

(٨٥٢) قضي بأن مخالفة محكمة النقض لمبدأ قانوني سبق أن قررته أحكام سابقة دون إحالة إلى الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية لا يترتب عليه البطلان ومن ثم لا يصلح هذا النعي سنداً للطعن على الحكم الناقض : نقض مدني ، الهيئة العامة للموارد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية ، ٦ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٤ ، مجموعة المكتب الفني ، س٤٥ ، رقم ٢١ ص ٩٦ (سابق الإشارة إليه).

(٨٥٣) تصدر في مصر مجموعات لأحكام النقض من المكتب الفني للمحكمة ومجموعات مماثلة من المحكمة الدستورية العليا ومجلس الدولة ومحكمة القيم . وللأسف أن التعليق على الأحكام يكاد يكون منعدماً لعدم انتظام نشر هذه المجموعات ، بعكس فرنسا التي تعد غزيرة النشر للأحكام فلديها أكثر من دورية مثل مجلة Dalloz ومجلة J.C.P (أو الأسبوع القانوني /Semaine Juridique) وكذلك مجلة Petites Affiches ومجلة Gazette du Palais وأيضاً

ويظهر التعاون الوطيد بين الفقه والقضاء أكثر ما يظهر في قانون مجلس الدولة المصري الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ والذي نص فيه على أمرين :

الأول : اختصاص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بمراجعة مشروعات القوانين وقرارات رئيس الجمهورية ذات الصفة التشريعية واللوائح التي يرى قسم التشريع إحالتها إليها لأهميتها (مادة ٣/٦٦) .

الثاني : تقديم رئيس مجلس الدولة كل سنة كلما رأى ضرورة لذلك تقريراً إلى رئيس مجلس الوزراء متضمناً ما أظهرته الأحكام أو البحوث من نقص في التشريع القائم أو غموض فيه .

علي أية حال فإن الثابت أن الفقه والقضاء يرتبطان بوجه عام بعلاقة وطيدة قوية ، فيعدان جناحين للقانون يسمحان له بالتحليق في سماء المجتمع والهيمنة على سلوكيات أفراده .
وهذا التكامل هو الذي يجعل الرؤوس تتطلع إلى النظام القانوني بإعجاب وتقدير "فالفقيه يرسم خط السير للقاضي ، والقاضي يُعبد الطريق ويمهده بعد أن فتحه أمامه الفقيه ثم يستفيد الفقيه من تجارب القاضي فينحو بفقهه منحي يتفق مع الحياة ويسير بعد ذلك في طليعة للقاضي يكشف له الطريق" (٨٥٤).

* * *

مجموعات الأحكام التي تصدر عن المكاتب الفنية لمحاكم النقض ومجلس الدولة علاوة على المجلات الفصلية (Revues trimestrielles) التي تصدر بصورة منتظمة في مجال القانون المدني والتجاري والجنائي وغير ذلك . مع ذلك فقد أشارت إحصائية حديثة أن ٩٨% من أحكام محاكم الاستئناف و ٨٠% من أحكام محكمة النقض لا تنشر : انظر في ذلك:

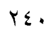
BABET ، Emergence du droit de L`informatique ، Colloque de Nanterre ، Édition Les Parques ، 1983 P.237 .

(٨٥٤) السنهوري وأبو ستيت رقم ١٠٤ ص ١١٧ .

الباب الثالث

تطبيق القانون وتفسيره

٢٣٩



يحظى تطبيق القانون وتفسيره بأهمية عظمـــى ، فـــلا قيمة حقيقية لنص ليس له وجود حقيقي لغياب السلطة المطبقة له والمفسرة لأحكامه ونعرض هنا في فصلين متتاليين لتطبيق القانون ثم تفسيره .



الفصل الأول
تطبيق القانون

تقتضي دراسة هذا الموضوع بيان السلطة القائمة بتطبيق القانون وهي السلطة القضائية فنوضح ماهيتها ودرجاتها ثم نشرح عقب ذلك أحكام تطبيق القانون من حيث الزمان والمكان .

المبحث الأول
السلطة القائمة بتطبيق القانون : السلطة القضائية

نص دستور سنة ١٩٧١ على أن السلطة القضائية مستقلة (مادة ١٦٥) وأن القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون ، وانه لا يجوز لأية سلطة التدخل في القضايا أو في شئون العدالة (مادة ١٦٦) [٨٥٥].

---

(٨٥٥) ينظم السلطة القضائية في مصر قرار بقانون صادر من رئيس الجمهورية في أول أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٧٢ تحت رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٢ (الجريدة الرسمية العدد ٤٠ في ٥ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٧٢) وقد عدل هذا القانون ثماني مرات هي على التوالي بالقوانين أرقام : ٤٩ لسنة ١٩٧٣ (الجريدة الرسمية ، العدد ٢٨ في ١٢ من يوليه/تموز سنة ١٩٧٢) ، و ٧٩ لسنة ١٩٧٤ (الجريدة الرسمية ،. العدد ٣٠ تابع في ٢٥ يوليه/تموز سنة ١٩٧٤) ، و ٢ لسنة ١٩٧٦ (الجريدة الرسمية العدد ٢ تابع في ٨ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٧٦) ، و ١٧ لسنة ١٩٧٦ (الجريدة الرسمية العدد ١١ في ١١ من مارس/آذار سنة ١٩٧٦) ، و ٤٤ لسنة ١٩٨١ (الجريدة الرسمية العدد ٢٦ في ٥ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨١) ، ١٣٨ لسنة ١٩٨١ (الجريدة الرسمية العدد ٢٣ تابع في أغسطس/ آب سنة ١٩٨١ و ٣٥ لسنة ١٩٨٤ (الجريدة الرسمية العدد ١٣٤ مكرر في ٣١ من مارس/آذار سنة ١٩٨٤) ، ثم صدر تعديل جديد في ٧ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٩٣ بالقرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ بجعل سن التقاعد لرجال الهيئات القضائية جميعاً أربع وستين سنة بدلاً من ستين سنة، على أن ينفذ التعديل اعتبارًا من أول أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٩٣ (الجريدة الرسمية ، العدد ٤٠ في ٧ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٩٣) ، ثم صدر تعديل لاحق في ٢٠ من يناير/كانون الثاني سنة ٢٠٠٢ بجعل السن أربع وستين سنة (قانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٢ ، الجريدة الرسمية ، العدد ٣ مكررًا في ٢٠ من يناير/كانون الثاني سنة ٢٠٠٢ ص ٣) . (٨٥٥) الأستاذ الدكتور فتحي والي قانون القضاء المدني ، القاهرة سنة ٢٠٠٢ رقم ١٣١ وما بعدهما والزميل الدكتور محمد نور شحاته ، مبادئ القضاء المدني والتجاري ، القاهرة سنة ١٩٨٨ رقم ١٥١ ص ٢٦٥ وما بعدهما وأيضاً رسالة عبيد ، سابق الإشارة إليها .

وندرس هنا المبادئ العامة للقضاء وجهات القضاء العادي والإداري وأعضاء الهيئات القضائية ومعاوني القضاة. وبديهي أن دراسة هذا كلــه لازمــة للإحاطــة بالنظام القانوني المصري.

المطلب الأول

المبادئ العامة للقضاء : أربعة

يحكم القضاء في مصر أربعة مبادئ[٨٥٦] هــي اســتقلال القضــاء وتعــددهم والتقاضي على درجتين وعلانية الجلسات .ونعطي نبذة عن كل مبــدأ مــن هــذه المبادئ[٨٥٧]:

١- **استقلال القضاء** : نصت الدساتير المتعاقبة على هذا المبدأ[٨٥٨] وإضــافة القانون ضمانات لهم في سبيل تحقيق هذا الاستقلال ، فنص فيه على عدم قــابليتهم للعزل[٨٥٩] وعدم قابليتهم للنقل ، كما أورد المشرع أحوال معينة لردهم ومخاصمتهم ومحاكمتهم[٨٦٠].

٢- **تعدد القضاة** : أخذ المشرع المصري بنظام القاضي الفردي في المحــاكم الجزئية ومحاكم الأمور المستعجلة وجعل نظام التعدد سائداً في المحاكم الابتدائيــة ومحاكم الاستئناف ومحكمة النقض . وقصد المشرع من ذلك أن يجمع بين مزايــا

---

(٨٥٦) الأستاذ الدكتور فتحي والي قانون القضاء المدني ، القاهرة عام ١٩٨٠، رقم ١٣١ ص ٢٤٤ومــا بعدهما، والزميل الدكتور محمد نور شحاته، مبادئ القضاء المدني والتجاري ، القاهرة عــام ١٩٨٨ رقم ١٥١ ص ٢٦٥ ومابعدهما وأيضًا رسالة عبيد ، سابق الإشارة إليها .

(٨٥٧) حكمت الدستورية العليا (١٩ من يونيه/حزيران سنة ١٩٩٣ ، الجريدة الرسمية ، العدد ٢٧ تــابع في ٨ من يونيه/حزيران سنة ١٩٩٢ ص (٢) بأن المشرع غير مقيد ، في مجال ضمانة اللجوء إلى القضاء ، بأشكال محددة تمثل أنماطاً جامدة لا تقبل التغيير أو التبديل ، بل يجوز أن يختــار مــن الصور الإجرائية لإنفاذ هذا الحق – ما يكون في تقديره الموضوعي أكثر اتفاقاً مع طبيعة المنازعــة التي يعهد بالفصل فيها إلى محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي ودون مــا إخــلال بضــماناتها الرئيسية التي تكفل إيصال الحقوق لأصحابها وفق قواعد محددة منصفة في ذاتها وغير متحيفة.

(٨٥٨) مادة ٢٤ من دستور سنة ١٩٢٣ و مادة ١٧٥ من دستور سنة ١٩٥٦ ، ومادة ٥٩ دســتور ســنة ١٩٥٨ ومادة ١٥٢ من دستور سنة ١٩٦٤ ومادة ١٦٦ من دستور ١٩٦٦.

(٨٥٩) تستثني المادة ٦٧ من قانون السلطة القضائية المشار إليه في الهامش رقم (١) (سابقاً ص ٢٢٤) معاوني النيابة العامة .

(٨٦٠) تجيز المادة ١٢٩ من قانون السلطة القضائية فصل معاون النيابة أو نقله إلى وظيفة غير قضــائية بغير الطريق التأديبي وذلك بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى .

نظام القاضي الفرد من إشعار له بمسئوليته وحثه على الاجتهاد ، ونظام تعدد القضاة الذي يسمح لهم بالشورى وينسب حكم الأغلبية في النهاية إليهم جميعاً .

٣- **التقاضي على درجتين** : يعد التقاضي على درجتين أحد الأصول التي يقوم عليها نظام التقاضي[٨٦١] في مصر حيث توجد محاكم الدرجة الأولي التي تنظر النزاع لأول مرة وتقبل أحكامها ، بوجه عام ، الطعن فيها لتعرض أمام محكمة أكثر علماً وخبرة وهي محكمة الاستئناف[٨٦٢]. ويضع المشرع على رأس النظام القضائي محكمة واحدة تسمى بالمحكمة الدستورية العليا ، وتختص كقاعدة عامة بالنظر في الطعون بعدم دستورية القوانين أما الثانية فهي محكمة النقض وهي ليست درجة ثالثة للتقاضي وإنما تختص بمراقبة صحة تطبيق القانون فقط كما سنري لاحقاً[٨٦٣].

٤- **علانية الجلسات** : تنص المادة ١٦٩ من الدستور المصري على أن

---

(٨٦١) نقض مدني في ١٣ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨١ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٢ ص ١٧٩٠ . وقد حكم بأن قصر التقاضي على درجة واحدة مما يستقل المشرع بتقديره وفقاً لظروف بعض المنازعات وما يقتضيه الصالح العام من سرعة حسمها : المحكمة الدستورية العليا ٧ من فبراير/شباط سنة ١٩٨١ ، القضية رقم ٧ س ١ ق دستورية ، مجموعة الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة حتى ٣٠ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨١ ، رقم ٣ ص ١٦٠ وما بعدها. و٦ من فبراير/شباط سنة ١٩٩٧. مجموعة الأحكام، جـ ٥ م ٢ ، رقم ١٦ ص ٢٠٦، وقد أكدت المحكمة نفسها قبل ذلك على أن حجب المتخاصمين من التقاضي على درجتين. وهي ضمانة أساسية للتقاضي، يجب أن يكون بنص صريح ووفق أسس موضوعية : ٤ من فبراير/شباط سنة ١٩٩٥ ، مجموعة الأحكام والقرارات، رقم ٣٥ ص ٥١١ وبناء على ذلك حكمت بعدم دستورية النص التشريعي الذي يحظر الطعن استئنافيًا في أحكام المحاكم الشرعية الجزئية في سيوة والعريش والقصير والواحات الثلاث لمخالفة هذا الحظر للأصل المقرر بالنسبة لغيرها من المحاكم الشرعية التي تساويها في المرتبة وتتكافأ معها في التشكيل. انظر في نفس المعنى : المحكمة الدستورية العليا، ٩ من يونيه/حزيران سنة ٢٠٠٢ ، القضية رقم ١٤٨ لسنة ٢٢ ق "دستورية" ، الجريدة الرسمية ، العدد ٢٥ تابع في ٢٠ من يونيه/حزيران سنة ٢٠٠٢ ص ٥١ .

(٨٦٢) حكم بأن قصر حق التقاضي في المسائل التي فصل فيها الحكم على درجة واحدة ، هو مما يستقل المشرع بتقديره بمراعاة أمرين : أولهما أن يكون هذا القصر قائماً على أسس موضوعية تمليها طبيعة المنازعة وخصائص الحقوق المثارة فيها ، ثانيهما أن تكون الدرجة الواحدة محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي من حيث تشكيلها وضماناتها والقواعد المعمول بها أمامها ، وأن يكون المشرع قد عهد إليها بالفصل في عناصر النزاع جميعها - الواقعية منها والقانونية - فلا تراجعها فيما تخلص إليه من ذلك جهة أخرى (المحكمة الدستورية العليا ، قضية رقم ٣٢ سنة ١٦ قضائية دستورية عليا ، جلسة ٢ ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٥ ، الجريدة الرسمية ، العدد ٥١ في ٢١ ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٥ ، ص ٢٨٨١) .

(٨٦٣) انظر لاحقاً ص ٢٤٩ .

«جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية مراعاة للنظام العام أو الآداب ، وفي جميع الأحوال يكون النطق بالحكم في جلسة علنية ».

المطلب الثاني

جهات القضاء

يتم التقاضي في مصر على درجتين كما رأينا تحت رقابة محكمة النقض فيما يتعلق بمسائل القانون والمحكمة الدستورية العليا بشأن دستورية القوانين ، وإلى جوار هذه المحاكم التي يطلق عليها جهات القضاء العادية توجد جهات قضاء إدارية[٨٦٤]، لذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين وهما القضاء العادي والقضاء الإداري .

الفرع الأول

القضاء أتعادى

ينقسم القضاء العادي في مصر إلى محاكم عادية ومحاكم الدرجة الأولى والثانية ومحكمتي النقض والدستوري العليا ومحاكم خاصة وتشمل اللجان القضائية ومحاكم أمن الدولة ومحكمة الحراسة ومحكمة القيم ومحكمة الأحزاب . وهذا التقسيم يفرض علينا أن نعرض لكل قسم منهما على حدة .

---

(٨٦٤) وتوجد جهة ثالثة تسمى بالقضاء العسكري ونظمها القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ (الجريدة الرسمية العدد ١٢٣ بتاريخ أول يونيه/حزيران سنة ١٩٦٦) المعدل بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٦٨ (الجريدة الرسمية في أول فبراير/شباط سنة ١٩٦٨) والقرار بقانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٨ (الجريدة الرسمية العدد ٥٠ مكرر بتاريخ ١٨ ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٦٨) والقرار بقانون رقم ٢ لسنة ١٩٦٩ (الجريدة الرسمية العدد الأول بتاريخ ٢ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٦٩) والقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠ (الجريدة الرسمية العدد ١١ بتاريخ ١٨ من مارس/آذار سنة ١٩٧١) وهو قانون يحكم انطباقه أحد أربعة معايير هي : صفة مرتكب الجريمة ، أو المكان الذي وقعت فيه أو من شخص من وقعت عليه أو الشيء محل الجريمة يجمعها كلها موضوع واحد وهو حماية المصالح العسكرية وتنطبق على المدنيين انطباقها على العسكريين : انظر في التنديد بسحب أحكام القوانين العسكرية التي يطبقها قضاء عسكري لا يشترط في أعضائه حمل ليسانس الحقوق على المدنيين : عبيد رقم ٦٩٠ ص ١٠٨٤ وما بعدها وتناغو رقم ١٦٠ ص ص٥٤٤ : ٥٥٠ وانظر أيضا رسالة تأديب العسكريين للأستاذ نبيل عبد الجليل محمد المقدمة إلى كلية حقوق القاهرة في الثمانينيات (بدون تاريخ) لنيل درجة الدكتوراه .

أولاً : المحاكم العادية : ونقصد بها محاكم الدرجة الأولى وهي المحاكم الجزئية والابتدائية ومحاكم الدرجة الثانية وهي المحاكم الابتدائية الاستئنافية والمحاكم الاستئنافية[٨٦٥] ومحكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا . ونشير إلى أننا سنحيل بشأن هذه الأخيرة إلى دراستنا السابقة لموضوع دستورية القوانين في الباب الثاني من هذا الكتاب .

١- **محاكم الدرجة الأولي :** يقصد بها - كما رأينا - المحاكم الجزئية والمحاكم الابتدائية وهي المحاكم التي يعرض عليها النزاع للمرة الأولي لتحكم فيه :

أ- **المحاكم الجزئية :** (Tribunaux d'instance): تنشأ هذه المحاكم بقرار من وزير العدل في دائرة اختصاص كل محكمة ابتدائية وتباشر عملها في المكان وفي النطاق الجغرافي الذي يحدده هذا الوزير بعد موافقة الجمعية العمومية للمحكمة الابتدائية . وتوجد عادة في عاصمة كل مركز وفي كل قسم من أقسام المحافظات تقريباً (مادة ١١ من قانون السلطة القضائية). ويبلغ عددها الآن مائة وثمانون محكمة[٨٦٦].

وتتشكل كل محكمة من قاضي واحد ينتدب من بين قضاة المحكمة الابتدائية التي تقع المحكمة الجزئية في دائرة اختصاصها (مادة ١٤ من قانون السلطة القضائية).

وتختص هذه المحاكم الجزئية بالدعاوى القليلة القيمة أو الأهمية من الناحية المالية[٨٦٧] (عشرة آلاف جنيه) [٨٦٨]، وقد جعل المشرع حكمها انتهائياً - أي غير قابل للاستئناف - إذا لم تجاوز قيمة ألفي جنيه وأجاز الطعن فيه بالاستئناف إذا

---

(٨٦٥) انظر القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ (الجريدة الرسمية ، عدد ٢٢ مكرر في أول يونيه/حزيران سنة ١٩٩٢) بتعديل بعض أحكام قوانين المرافعات المدنية والتجارية الذي عدل في النصاب الابتدائي والانتهائي ، لمجابهة التغيير في قيمة العملة لهذه المحاكم (سابق الإشارة إليه ص ٢٠٣) .

(٨٦٦) شحاته : قانون القضاء المدني والتجاري رقم ١٥٥ ص ٢٧٣.

(٨٦٧) ويعبر عن نصاب اختصاص المحكمة الفرنسية بـ Taux de Ressort وهناك نصاب ابتدائي Taux de premier resort ونصاب انتهائي Taux de dernier ressort ، ويعبر عن هذين النصابين المتعلقين بالاختصاص القيمي بـ Ratione personae أي الاختصاص المحلي (Vel locia) وما يسمي Ratione Materia أي الاختصاص النوعي وهو ما يدخل فيه الاختصاص القيمي سالف الذكر : شحاته ، المرجع السابق ، ص ٢٨٩ وما بعدها .

(٨٦٨) وذلك مع عدم الإخلال بما للمحكمة الابتدائية من اختصاص شامل في الإفلاس والصلح الواقي وغير ذلك مما ينص عليه القانون (مادة ٤٢ / ٢) .

جاوزت هذه القيمة ، كما تختص كذلك ببعض الدعاوى التي حددها المشرع على سبيل الحصر .

ب – المحاكم الابتدائية : (Tribaunaux de Grande Instance) : وتختص بالحكم الابتدائي في جميع الدعاوى المدنية والتجارية التي لا تختص بها محكمة المواد الجزئية (مادة ٤٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية) ونصابها انتهائي أي لا يقبل حكمها الطعن فيه بالاستئناف إذا كانت قيمة الدعوة لا تتجاوز عشرة آلاف جنية .

وتنشأ هذه المحاكم بقانون وتتشكل كل منها من ثلاثة قضاة يرأسهم أحد مستشاري محكمة الاستئناف[٨٦٩] التي تقع بدائرتها هذه المحكمة أو أية محكمة استئنافية أخرى تالية لها وفقا للترتيب الوارد في المادة ٥٤/١ من قانون السلطة القضائية[٨٧٠].

وتتخذ المحكمة الابتدائية مقراً لها في كل عاصمة من عواصم المحافظات الثلاثة والعشرين مع ملاحظة وجود محكمتين في مدينة القاهرة أحدهما في الشمال والأخرى في الجنوب .

٢ – **محاكم الدرجة الثانية** : يقصد بها المحاكم التي تتولى نظر الطعون في الأحكام القابلة للاستئناف الصادرة من محكمة أول درجة . وهذه المحاكم بوجه عام هي المحاكم الابتدائية التي يجاوز نصابها الانتهائي خمسة آلاف جنيه.ويحتاج الأمر إلى بعض التفصيل :

---

(٨٦٩) وهو ينتدب لهذا بموافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية لمدة سنة قابلة للتجديد ، ويعد المشرع رئيس المحكمة الابتدائية قاضياً للأمور الوقتية لها . وتضيف المادة ٩ من قانون السلطة القضائية أنه "يكون بكل محكمة عدد كاف من الدوائر يرأس كلا منها رئيس المحكمة أو أحد الرؤساء بها ويجوز عند الضرورة أن يرأسها أحد قضاة المحكمة". وقد حكم بأنه لا يؤثر في طبيعة المحكمة الابتدائية كهيئة قضائية انضمام أحد المهندسين إليها عند نظر الطعون في قرارات اللجان الخاصة بالمنشآت الآيلة للسقوط طالما لم يكن للعضو المهندس صوت معدود في المداولة : المحكمة الإدارية العليا ، ٦ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٥ ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ، المكتب الفني لمجلس الدولة ، س ٣٠ ، رقم ١٣٥ ص ٨٩٢.

(٨٧٠) جعلت المادة ٥٤ من قانون السلطة القضائية الترتيب على النحو الآتي : من محكمة استئناف قنا إلى محكمة استئناف أسيوط ثم إلى بني سويف ثم إلى الإسماعيلية ثم إلى المنصورة ثم إلى طنطا ثم إلى الإسكندرية ثم إلى القاهرة .

أ – المحاكم الابتدائية الاستئنافية : (Tribaunaux de Grande Instance) : وهي دوائر استئنافية داخل المحاكم الابتدائية تختص بنظر الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية التي تتراوح قيمتها بين خمسمائة جنيه وخمسة آلاف جنيه .

ب – المحاكم الاستئنافية (Cours d'Appel) : وهي محاكم تنشأ بقانون وتتألف من عدة دوائر بكل دائرة ثلاثة مستشارين وتوجد في ثماني محافظات هي على التوالي : القاهرة ، والإسكندرية . والمنصورة ، وطنطا ، وبني سويف ، وأسيوط ، وقنا والإسماعيلية .

وتنظر هذه المحاكم الطعون الاستئنافية في أحكام المحاكم الابتدائية المجاوزة قيمتها لخمسة آلاف جنيه ، وإن كان المشرع يعطيها بنصوص استثنائية الحق في نظر بعض الدعاوى(٨٧١) بوصفها محكمة أول درجة .

ونشير إلى أن قانون السلطة القضائية ينص على أن تشكل في كل محكمة استئنافية محكمة أو أكثر لنظر قضايا الجنايات وتؤلف كل منها من ثلاثة من مستشاري محكمة الاستئناف . ويرأس محكمة الجنايات رئيس المحكمة أو أحد نوابه أو أحد رؤساء الدوائر وعند الضرورة يجوز أن يرأسها أحد المستشارين بها (مادة ٧) . وتنعقد هذه المحكمة في كل مدينة بها محكمة ابتدائية ، وتشمل دائرة اختصاصها ما تشمله دائرة المحكمة الابتدائية (مادة ١/٨) .

٣– **محكمة النقض** (Cour de Cassation) : وهي محكمة واحدة مقرها مدينة القاهرة منذ أن أنشئت سنة ١٩٣١(٨٧٢) بالمرسوم بقانون رقم ٦٨ في ٢ من مايو/أيار سنة ١٩٣١ تحت اسم محكمة النقض والإبرام وقيل في تبرير إنشائها .. "من

---

(٨٧١) مثل طلبات الرد المتعلقة بكل قضاة المحكمة الابتدائية أو بعضهم إذا كان الباقي من عددهم لا يكفي للحكم ودعاوى مخاصمة القضاة . وفي هذه الدعاوى الأخيرة تتشكل المحكمة استثناءً من سبعة مستشارين.

(٨٧٢) انظر في الوضع قبل إنشاء هذه المحكمة : شحاته ، قانون القضاء المدني والتجاري ، رقم ١٦٠ ص ص٢٧٥: ٢٧٦ . عقدت الدائرة المدنية لهذه المحكمة أولي جلساتها في اليوم الرابع والعشرين من شهر جمادى الثانية سنة ١٣٥٠ الموافق لليوم الخامس من شهر نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٣١م وأصدرت أول أحكامها في يوم الخميس ثاني شهر رجب الموافق لليوم التاسع عشر من شهر نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٣١م (مقدمة مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض والإبرام في المواد المدنية / للأستاذ محمد أحمد عمر ، مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة سنة ١٩٣٧ ص (ج)) .

الضرورات القصوى إيجاد نظام النقض والإبرام الذي هو وحده الكفيل بتحري أوجه الصواب فيما يتعلق بالأحكام النهائية وإصلاح الخطأ فيها لأنه يؤثر في تلك الأحكام ويبين ما بها من الأغلاط القانونية ويدعو إلى إعادة الإجراءات في القضايا الصادرة فيها . فنحن مغتبطون بهذا النظام ونحمد الله تعالي على أن أنه أنشئ الآن".

كلمة المستشار رئيس المحكمة عبد العزيز فهمي باشا في محضر جلسة افتتاح المحكمة في الساعة التاسعة من صباح يوم الخميس في ٢٤ من جمادى الثانية سنة ١٣٥٠ – ٦ من يونيه/حزيران سنة ١٩٣١ ، مجموعة القواعد القانونية للأستاذ محمد أحمد عمر (سابق الإشارة إليه) حاشية ص (جـ) . ثم أصبحت محكمة النقض فحسب "تنقض ولا تبرم" ، أي لا تفصل في الموضوع ، بصدور قانون المرافعات المدنية والتجارية السابق سنة ١٩٤٩م . وتتشكل المحكمة من رئيس وعدد كاف من نواب الرئيس وبها دوائر لنظر المواد الجنائية وأخرى لنظر المواد المدنية والتجارية ودوائر أخرى أنشئت اعتباراً من سنة ١٩٥٩م للأحوال الشخصية . والأصل أن يرأس كل دائرة الرئيس نفسه أو أحد نوابه . ولكن المشرع أجاز عند الاقتضاء أن يرأس الدائرة أقدم المستشارين بها، ويصدر الحكم من خمسة مستشارين فقط .

ولا تعد محكمة النقض درجة ثالثة للتقاضي بل هي تراقب التفسير والتطبيق الصحيح للقانون بين المحاكم المختلفة . فهي محكمة قانون لا وقائع[٨٧٣]. كنتيجة لذلك يحظر المشرع – كقاعدة عامة – التصدي لموضوع الدعاوى إلا إذا كانت الدعوى مهيأة للفصل فيها وكان الطعن للمرة الثانية . وفي غير هذه الأحوال تنقض المحكمة الحكم المطعون فيه وتحيل الدعوى إلى محكمة الموضوع لتنظره بدائرة جديدة ملتزمة في ذلك بالرأي القانوني لمحكمة النقض (مادة ٢٦٩ من قانون

---

(٨٧٣) قضت محكمة النقض بأن المقرر في هذه قضاء المحكمة أن يترتب على نقض الحكم إلغاء جميع الأحكام أياً كانت الجهة التي أصدرتها والأعمال اللاحقة للحكم المنقوض متي كان ذلك الحكم أساساً لها وتعود الخصومة إلى ما كانت عليه قبل صدور الحكم المنقوض كما يعود الخصوم إلى مراكزهم الأولي : نقض مدني في ٢٩ من أبريل/نيسان سنة ١٩٩٣ ، طعن رقم ٣٠٦ سنة ٥٩ ، القضاة ، س ٢٦ ع١ و٢ ، يناير/كانون الثاني – ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٣ ، رقم ١٧٠ ص ٤٨٩ .

المرافعات المدنية والتجارية) [٨٧٤].

٤- **المحكمة الدستورية العليا** : إحالة : تعد هذه المحكمة هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها في جمهورية مصر العربية مقرها مدينة القاهرة ، وقد سبقت لنا دراستها، لذا نحيل في بيان أحكامها للموضع السابق[٨٧٥].

ثانيا: المحاكم الخاصة[٨٧٦] : يقصد بها نوعية جديدة من المحاكم تنشأ بقوانين للفصل في بعض المنازعات ويحدد كل قانون تشكيلها واختصاصاتها وإجراءات التقاضي أمامها وحجية أحكامها[٨٧٧] . وندرس هنا بإيجاز أبرز هذه المحاكم وهي اللجان القضائية ، ومحاكم أمن الدولة، ومحكمة الحراسة ومحكمة القيم :

---

(٨٧٤) المقصود بالمسألة القانونية : ما طرح على محكمة النقض وأدلت برأيها فيه فاكتسب حجية الأمر المقضي : نقض مدني في ١٧ يونيه/حزيران سنة ١٩٩٣ ، الطعون أرقام ١٧٩٩ و ٢٠٩٧ و ٢٢٤٣ س ٦٢ ق مجلة القضاة ، س ٢٦ ، ع١ و ٢ ، يناير/كانون الثاني – ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٣ ، رقم ٢٣ ص ٥٠٧ ورتبت المحكمة على ذلك أن يمتنع على محكمة الإحالة عند إعادة نظر الدعوى المساس بهذه الحجية دون إخلال بحقها في تحصيل فهم جديد لواقع الدعوى ولو خالف ما سبق أن حصلته منه ما دامت متبعة حكم النقض في المسألة القانونية التي فصل فيها (نقض مدني في ٢٩ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨٨ ، طعن رقم ١٠٩٢ س ٥٦ق / غير منشور) .

(٨٧٥) انظر سابقاً ١٣٧ وما بعدها . ونشير إلى أن المادة ٤٨ من دستور اتحاد الجمهوريات العربية الصادر سنة ١٩٧١ كانت تنص على إنشاء محكمة دستورية اتحادية لها اختصاص قضائي بالفصل في المنازعات الدستورية والقانونية والإدارية والاتحادية واختصاص آخر استشاري بإبداء الرأي في المسائل الدستورية أو القانونية فضلاً عن أية اختصاصات أخرى يصدر بها قانون اتحادي .

(٨٧٦) انظر في أسباب نشأة المحاكم الخاصة ومبررات بقائها وضماناتها الحالية والمأمولة . رسالة دكتوراه للمستشار أسامة الشناوي ، المحاكم الخاصة في مصر ، كلية حقوق القاهرة/ بدون تاريخ ، ص ٤٩٧ وما بعدها وص ٨٠٠ وما بعدها .

(٨٧٧) قضت المحكمة الدستورية العليا بأن إسباغ الصفة القضائية على أعمال أي جهة عهد إليها المشرع بالفصل في نزاع معين يفترض أن يكون تشكيلها واستقلالها كاشفين عن حيدتها عند الفصل في النزاع مع عدم الإخلال بالضمانات القضائية الرئيسية التي لا يجوز النزول عنها ، وعلي ضوء قاعدة قانونية نص عليها المشرع سلفاً : ١٩ من يونيه/حزيران سنة ١٩٩٣ ، مجموعة أحكام المحكمة ، جـ ٥ / م ٢ ، رقم ٢٩ ص ٣٤٣ . وفي حكم أحدث أكدت المحكمة "أن إسباغ الصفة الجنائية على أعمال أية جهة عهد إليها المشرع بالنص في نزاع معين يفترض أن يكون اختصاص هذه الجهة محددًا بقانون ، وأن يغلب على تشكيلها العنصر القضائي الذي يلزم أن تتوافر في أعضائه ضمانات الكفاية والحيدة والاستقلال ، وأن يعهد إليها المشرع بسلطة الفصل في خصومة بقرارات حاسمة ، ودون إخلال بالضمانات القضائية الرئيسية التي لا يجوز النزول عنها ، والتي تقوم في جوهرها على إتاحة الفرص المتكافئة لتحقيق دفاع أطرافها وتمحيص ادعاءاتهم على ضوء قاعدة قانونية نص عليها المشرع سلفًا ، ليكون القرار الصادر في النزاع مؤكدًا لأحقيتها القانونية مبلورًا لمضمونها في مجال الحقوق المدعي فيها أو المتنازع عليها ، (المحكمة الدستورية العليا ، القضية رقم ١٣٣ لسنة ٢٢ قضائية "دستورية" ، الجريدة الرسمية ، العدد ٣٣ في ١٦ من أغسطس/آب سنة ٢٠٠٢ ، ص ١٥٤٣ .

١- **اللجان القضائية :** وهي لجان تتشكل بنص قانوني[٨٧٨] . ويمنحها المشرع سلطة الفصل النهائي في منازعات معنية ويحظر قبول أي طعون في قراراتها.

نضرب بعض الأمثلة عليها فيما يلي :

أ – لجان الإصلاح الزراعي : وهي لجان أنشئت بالقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ وتختص بالفصل في طلبات إلغاء ووقف تنفيذ قرارات الاستيلاء أو المنازعات المتعلقة بملكية الأطيان ، وتتشكل كل لجنة من مستشار يختاره وزير العدل ، وعضو من مجلس الدولة ومندوب من كل من الشهر العقاري ومصلحة المساحة . وقد ألغيت هذه اللجان القضائية بموجب القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٥ وآلت اختصاصاتها إلى القضاء العادي [٨٧٩].

---

(٨٧٨) قي بأن هذه اللجان هي : "لجان إدارية لأن تشكيلها ليس قضائيًا صرفًا وإنما يشترك فيه عنصر من الإدارة العامة ، وهي ذات اختصاص قضائي لأن عملها من طبيعة النشاط القضائي" (تطبيق خاص بشأن مجالس تأديب العاملين بالحكومة والهيئات العامة والمؤسسات العامة وشركات القطاع العام) ، وقضي بذلك أيضًا في شأن لجنتي القسمة والاعتراضات بوزارة الأوقاف . على العكس قضي بأن لجان فحص المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ في شأن التأمين الاجتماعي هي "وسيلة ميسرة لحل النزاع الناشب .. تقديرًا لظروف أصحاب الشأن وطبيعة المنازعات ، ودون أن يحول بين أصحاب الشأن واللجوء إلى قاضيهم الطبيعي إذا ما تعثر = = سبيل الحل الودي ، ومن ثم يكون تشكيل هذه اللجان والإجراءات التي تباشرها لدى تصديها لمعادلة تسوية المنازعات أمور منبتة الصلة تمامًا بالاختصاص القضائي .... وتبقي أعمالها دائرة في إطار الجهود التوفيقية التي قد تغني ، برضاء صاحب الشأن بنتائجها من الخوض في منازعات إدارية وقضائية تالية ، بما مؤداه أن ما يصدر من هذه اللجان لا يعد قرارًا إداريًا ..... ويترتب على عدم توصلها إلى تسوية ودية يقبلها صاحب الشأن أن ينفتح الطريق أمامه للجوء إلى القضاء العادي المختص بنظر هذا النوع من المنازعات" .. المحكمة الدستورية العليا ، القضية رقم ٢٦ لسنة ٢٣ قضائية "دستورية" ، الجريدة الرسمية ، العدد ٢٩ تابع (ب) في ١٨ من يوليه/تموز سنة ٢٠٠٢ ص ٦٥ .

(٨٧٩) المحكمة الإدارية العليا ، ٢٧ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٣ ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة ، المكتب الفني لمجلس الدولة ، س ٢٩ رقم ٤٦ ص ٢٩٧ ، (تطبيق خاص بشأن مجالس تأديب العاملين في الحكومة والهيئات والمؤسسات العامة وشركات القطاع العام) ، نقض مدني في ١٩ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٥ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٦ رقم ٢٣٥ ص ١١٤٠. (تطبيق بشأن لجنتي القسمة والاعتراضات بوزارة الأوقاف المنشئتين بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ حيث أكدت المحكمة أن هاتين اللجنتين هما هيئتان إداريتين ذواتا اختصاص قضائي) .. المحكمة الدستورية العليا ٧ من مارس/آذار سنة ١٩٩٨ ، الجريدة الرسمية ، العدد ١٢ في ١٩ من مارس/آذار سنة ١٩٩٨ ص ٦٤١ بأن قرارات هذه اللجان تعتبر بالتالي أحكاماً قضائية يجوز الطعن فيها أمام المحكمة الإدارية العليا التي لا تنحصر ولايتها في مجال نظر الطعون المعروضة عليها في مجرد تطبيق صحيح حكم القانون في شأنها ، ولكنها تمتد إلى تقدير ما إذا كان

ب – لجنة أموال محمد على : وهي لجنة أنشئت بالقانون رقم ٥٩٨ لسنة ١٩٥٣ بشأن أموال أسرة محمد على وتختص بالفصل في كل المنازعات المتعلقة بمصادرة هذه الأموال. وتتشكل هذه اللجنة من رجال القانون وتستأنف قراراتها أمام لجنة عليا أخرى تصدر قرارات نهائية غير قابلة للطعن فيها بأي وجه. وقد قضي بعدم دستورية تحصين قرارات اللجنة العليا الصادرة بتأييد أو تعديل أو إلغاء قرارات اللجنة الابتدائية والصادرة في شأن المنازعات المتعلقة بمصادرة أموال أسرة محمد علي[٨٨٠].

جـ – لجنة تظلمات الموظفين العموميين : وهي لجنة أنشئت بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ وتختص بالفصل في تظلمات الموظفين العموميين الذين أحيلوا إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلوا بغير الطريق التأديبي بالقرار الجمهوري رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣.

د– لجنة شئون الأحزاب السياسية : وقد نص عليها المشرع لأول مرة بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ وأصبح اسمها لجنة شئون الأحزاب السياسية بموجب القانون رقم١٤٤ لسنة ١٩٨٠ وتتشكل من وزير العدل ، وزير الداخلية ووزير الدولة لشئون مجلس الشعب وثلاث من غير المنتمين إلى أي حزب سياسي من بين رؤساء الهيئات القضائية السابقين أو نوابهم أو وكلائهم يصدر باختيارهم قرار جمهوري، ويرأس هذه اللجنة رئيس مجلس الشورى وعند غيابه يتولى الرياسة أحد الوكيلين. وفي حالة غيابهم جميعاً أو وجود مانع لديهم أو غيبة رئيس مجلس الشورى يصدر رئيس الجمهورية قراراً باختيار من يحل محل الرئيس .

وتصدر هذه اللجنة قرارها بأغلبية الحاضرين[٨٨١] في الأمور الآتية :

أ – الموافقة على قيام الحزب أو الاعتراض على تأسيسه.

الدليل في شأن الوقائع المتنازع عليها مستمداً من أصول لها مصدرها من الأوراق ، محمولاً عقلاً عليها ، ومنتجاً في إثباتها.

(٨٨٠) المحكمة الدستورية العليا في ١١ من أكتوبر سنة ١٩٩٧ ، الجريدة الرسمية ، العدد ٤٣ في ٢٣ كمن أكتوبر سنة ١٩٩٧ ص ٢٧١٧ .

(٨٨١) وعند تساوي الآراء يرجح الجانب الذي منه الرئيس .

ب – وقف نشاط أي حزب أو وقف إصدار صحفه أو وقف أي قرار أو تصرف مخالف اتخذه الحزب .

جـ– التقدم بطلب إلى المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة للحكم بصفة مستعجلة بحل الحزب وتصفية أمواله وتحديد الجهة التي تؤول إليها هذه الأموال وذلك إذا ثبت من تقرير المدعي العام الاشتراكي عقب إجراء تحقيق تخلف أو زوال أي شرط من الشروط المتطلبة في الحزب ذاته (مادة ٤) .

ويمكن الطعن في قرارات هذه اللجنة وفقا للقانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٨١ أمام الدائرة الأولي للمحكمة الإدارية العليا خلال الثلاثين يوماً التالية لنشر قرار الاعتراض على تأسيس الحزب في الجريدة الرسمية وذلك من جانب طالبي التأسيس بطبيعة الحال . ويرأس هذه الدائرة رئيس مجلس الدولة وينضم إلى تشكيلها عدد مماثل من الشخصيات العامة يصدر باختيارهم قرار من وزير العدل بعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية[٨٨٢] ولا تبرئ هذه الموافقة هذا التشكيل من شبهة التحزب[٨٨٣].

وقد حكمت المحكمة الدستورية العليا بأن هذه اللجان تتبع إجراءات قضائية لها كل سمات إجراءات التقاضي وضماناته وتؤدي إلى سرعة البت في هذه المنازعات حتى يحسم أمرها وتحقق بذلك ما تغياه المشرع من إصدار هذه التشريعات وبالتالي فإن القرارات التي تصدرها هذه اللجنة تعتبر بحسب طبيعتها أحكاماً قضائية وليست قرارات إدارية[٨٨٤].

---

(٨٨٢) كان القانون السابق رقم ٣٦ لسنة ١٩٧٩ يجعل هذا العدد المماثل من أعضاء مجلس الشعب الذين يختارهم المجلس في بداية كل دورة انعقاد وفقا لقواعد يضعها المجلس في هذا الصدد . ونلاحظ أنه توجد كشوف بأسماء هذه الشخصيات العامة وفقا لحكم المادة ٢٨ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٨٠ بشأن حماية القيم من العيب التي توجب أن يتم اختيار الأسماء التي تتضمنها هذه الكشوف من بين المواطنين المشهود لهم بالكفاءة وحسن السمعة بشرط ألا تقل أعمارهم عن أربعين سنة وألا يكونوا من بين أعضاء السلطة التشريعية ، وجدير بالذكر أن هذا القانون قد عدل بالقرار بالقانون رقم ٢٢١ لسنة ١٩٩٤ (الجريدة الرسمية ، ٤٣ تابع ، ٢٧ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٩٤) .

(٨٨٣) "وهكذا تكتمل الحلقات لتضييق الخناق على أحزاب المعارضة ، ابتداء من اللجنة الرباعية التي تملك إلى جانب الموافقة على قيام الأحزاب الجديدة أو الاعتراض على قيامها ، طلب حل أي حزب من الأحزاب القائمة وكذلك وقف نشاطها وصحفها وقراراتها وتصرفاتها ، وانتهاء بتأسيس الهيئة القضائية التي يوكل إليها النظر في قرارات تلك اللجنة " : عبيد رقم ٨٦٢ ص ١٣٦٨ .

(٨٨٤) المحكمة الدستورية العليا ، جلسة ٧ من فبراير/شباط سنة ١٩٨١ ، القضية رقم ٧ س ١ ق (دستورية) مجموعة الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة حتى ٣٠ من يونيه/حزيران سنة

٢- **محاكم رئيس الجمهورية والوزراء** : ينظم محاكمة رئيس الجمهورية ونوابهم القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٦[٨٨٥] وتتشكل هيئة المحكمة العليا من أثني عشر عضواً ستة منهم أعضاء مجلس الشعب (مجلس الأمة في الأصل) يختارون بطريق القرعة وستة من مستشاري محكمة النقض ومحاكم الاستئناف يختارون بطريق القرعة أيضاً من بين مستشاري محكمة النقض وأقدم ثلاثين مستشاراً من محاكم الاستئناف. ويختار بطريق القرعة كذلك عدد مساو من أعضاء مجلس الشعب (مجلس الأمة في الأصل) والمستشارين بصفة احتياطية .

ويلاحظ أن اتصال المحكمة بالدعوى يتم بموجب قرار اتهام يصدر من مجلس الشعب (مجلس الأمة في الأصل) في ضوء ما يجري من تحقيق يجريه خمسة من أعضائه ، يختارون بطريق الاقتراع السري وفي جلسة علنية (مادة ١/١٠) ، أو من رئيس الجمهورية . وفي الحالتين يرسل القرار إلى رئيس مجلس القضاء الأعلى في اليوم التالي لصدوره لتشكيل المحكمة (مادة ١٣) . وتتولى النيابة العامة إعلان المتهمين بصورة الإحالة ، وقائمة شهود الإثبات بناء على طلب ممثلي الاتهام في مجلس الشعب (مجلس الأمة في الأصل) أو بناء على طلب رئيس الجمهورية (مادة ١٤).

وتختص هذه المحكمة التي تنعقد في دار محكمة النقض بمحاكمة من تقدم ذكرهم فضلاً عن الفاعلين الأصليين معهم أو شركائهم ، وتوقع عقوبات جنائية

١٩٨١ ، القضية رقم ٣ ص ١٦٠ وما بعدها (سابق الإشارة إليه) وهذا الحكم صدر بشأن لجان الإصلاح الزراعي المشكلة وفقا للقانون ٧٨ لسنة ١٩٥٢ ، على العكس فإن قرارات لجان تحديد الأجرة وهي لجان إدارية ليست أحكامها قضائية ويمكن الطعن في أحكامها أمام القضاء المدني باعتبار أن صدور القرار من لجنة إدارية ليس من شأنه أن يخلع عنه طابعها الموضوعي الأصيل وهو الطابع المدني حيث يعد القضاء المدني القاضي الطبيعي المختص أصلاً بالحكم فيها:= =المحكمة العليا ، ٢٩ من يونيه/حزيران سنة ١٩٧٤ ، الدعوى رقم ٥ لسنة ٣ قضائية عليا (دستورية) ، مجموعة المكتب الفني ، ج١ ، رقم ١٨ ص ١٧٨ . كذلك قضي بأن لجان الطعون المنصوص عليها في المادة (٨) من القانون رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٩٥ في شأن مقابل التحسين تفتقد إلى القواعد الأصولية التي تهيمن على الخصومة القضائية ، إذ يغلب على تشكيلها الطابع الإداري ، وما يصدر منها لا يعدو في حقيقته أن يكون قراراً إدارياً صادراً من لجنة أو هيئة إدارية لها = = اختصاص قضائي وهو ما يقبل الطعن فيه أمام مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري : المحكمة الإدارية العليا ، دائرة منازعات الأفراد والهيئات والتعويضات ، الطعن رقم ٣٦٣٣ لسنة ٣٩ق.ع ، جلسة ١١ من يونيه/حزيران سنة ٢٠٠٠ ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، العدد الرابع ، السنة الرابعة والأربعون من أكتوبر/تشرين الأول – ديسمبر/كانون الأول سنة ٢٠٠٠ ، ص ١٧١ .

(٨٨٥) الوقائع المصرية ، العدد ٤٧ تابع فى١٤ من يونيه/حزيران سنة ١٩٥٦.

محددة دون إخلال بالعقوبات الواردة في قانون العقوبات – على من تثبت إدانته – وقد نص القانون على عقوبة الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة لمن يثبت ارتكابه منهم عملاً من أعمال الخيانة العظمى أو عدم الولاء للنظام الجمهوري (المواد٦و٧) ، وجعل العقوبة على أي عمل آخر يصدر من الوزراء هي العقوبة المقررة لجريمة الرشوة (مادة ٨) مع عقوبات تبعية تتمثل في عزل الوزير من منصبه وحرمانه من الحقوق السياسية ومن عضويته في مجلس الشعب (مجلس الأمة أصلاً) كما أجاز المشرع توقيع عقوبات تكميلية أخرى (مادة ٩) .

وقد أوجب المشرع أن يتبع في المحاكمة أمام المحكمة العليا قواعد وإجراءات حددها على أن يتممها ما لا يتعارض معها من القواعد والإجراءات المقررة في القانون لمحاكم الجنايات وفي مواد الجنايات (مادة ١٦) ، واعتبر الحكم الصادر بالإدانة حكماً نهائياً غير قابل للطعن فيه بأي طريقة من طرق الطعن. مع ذلك فقد أجاز إعادة النظر فيه بعد سنة على الأقل من صدور الحكم بناء على طلب النائب العام أو المحكوم عليه أو من يمثله قانوناً أو أقاربه أو زوجته بعد وفاته وذلك استناداً إلى أسباب وعناصر تستعجل صدوره على أن تقبلها الدائرة الجنائية بالمحكمة . فإذا قبلها أعيدت المحاكمة أمام محكمة أخرى تشكل على النحو السالف الذكر .

٣ – **محاكم أمن الدولة** : نظم المشرع بالقانون رقم١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ النوع الأول من هذه المحاكم وهو محاكم أمن الدولة الطارئة، أما النوع الثاني وهو محاكم أمن الدولة الدائمة فقد نظمها القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ . ويحتاج الأمر إلى بعض التفصيل :

أ– **محاكم أمن الدولة الطارئة** : وتسمى عملا محاكم أمن الدولة "طوارئ" وتنقسم إلى محاكم أمن الدولة الجزئية ومحاكم أمن الدولة العليا على النحو الآتي :

(١)**محاكم أمن الدولة الجزئية (البدائية)** : تتشكل هذه المحاكم وفقا للمادة ٧ /٢ من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ في كل دائرة من الدوائر بأمن الدولة يجعل تشكيلها بقرار من رئيس الجمهورية من قاض واحد أو أثنين من ضباط القوات المسلحة من رتبة نقيب أو ما يعادلها على الأقل . كما

يجوز له في المناطق التي تخضع لنظام قضائي خاص أو بالنسبة لقضايا معينة أن يجعل التشكيل كله من الضباط[٨٨٦] .

أيا كان الأمر فإن رئيس الجمهورية يصدر قراراً بتعيينهم بعد أخذ رأي وزير العدل بالنسبة للقضاة والمستشارين ورأي وزير الحربية (الدفاع حالياً) [٨٨٧] بالنسبة للضباط .

وتختص هذه المحاكم بنظر الجرائم التي يعاقب عليها الحبس أو بالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين . يستوي في ذلك أن تكون هذه العقوبات مقررة لمخالفة أوامر رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه في ظل قانون الطوارئ[٨٨٨] أو مقررة لجرائم معاقب عليها بالقانون العادي أي قانون العقوبات وتشريعاته المكملة وأحيلت إلى المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه .

(٢) **محاكم أمن الدولة العليا** : تتشكل هذه المحاكم بمحكمة الاستئناف من ثلاثة مستشارين ، ويجوز لرئيس الجمهورية استثناء أن يضيف إلى تشكيلها ضابطين من القادة كما يجوز له أيضا في المناطق التي تخضع لنظام قضائي خاص أو بالنسبة لقضايا معينة أن يجعل التشكيل كله من الضباط القادة .

وفي كل الأحوال يصدر رئيس الجمهورية قرارا بتعيينهم بعد أخذ رأي وزير

---

(٨٨٦) الجريدة الرسمية في ٢٨ من سبتمبر/أيلول سنة ١٩٥٨ ، العدد ٢٩ مكرر ب . وجدير بالذكر أن القضاء الإداري أوقف تنفيذ أمر رئيس الجمهورية رقم ١ لسنة ١٩٨٦ الصادر في ٢٣ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٦ (دعوى رقم ٦٠٨٥ س ٤٠ ق في ٢٣ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٦ ، مجلة الحق (يصدرها اتحاد المحامين العرب ، س ١٩ ع ٣ ، سنة ١٩٨٨ ص ١٥٣ وما بعدها) وما بعدها . فيما تضمنه من تشكيل دائرتين أمن دولة عليا من ضباط فقط للفصل في جرائم من التي يعاقب عليها القانون العام لمجاوزة الرئيس حدود اختصاصه المقرر بالمواد ٧ و ٨ و ٩ من قانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ في شأن حالة الطوارئ وهو ما يجعل من الأمر مشوبا بالبطلان .

(٨٨٧) صدر القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٩ باستبدال عبارتي «وزير الدفاع» و « وزارة الدفاع» «بعبارتي» «وزير الحربية» و«وزارة الحربية» أينما وردتا في التشريعات واللوائح (الجريدة الرسمية العدد ٣٤ في ٢٧ أغسطس/آب سنة ١٩٧٩) .

(٨٨٨) «مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد تنص عليها القوانين المعمول بها يعاقب كل من خالف الأوامر الصادرة من رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه بالعقوبات المنصوص عليها في تلك الأوامر على ألا تزيد هذه العقوبات على الأشغال الشاقة المؤقتة وعلي غرامة قدرها أربعة آلاف جنيه . وإذا لم تكن الأوامر قد بينت العقوبة على مخالفة أحكامها فيعاقب على مخالفتها بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيها أو بإحدى هاتين العقوبتين» .

العدل بالنسبة للقضاة والمستشارين ورأي وزير الحربيـــة (الــدفاع الآن) بالنســبة للضباط.

وتختص هذه المحاكم بنظر الجرائم التي يعاقب عليها بعقوبة الجناية وبالجرائم التي يعينها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه أيا كانت العقوبة المقــررة لهـــا . يستوي في ذلك أن تكون هذه العقوبات مقررة لمخالفة أوامر رئيس الجمهوريـــة أو من يقوم مقامه في ظل قانون الطوارئ أو مقررة لجرائم معاقــب عليهـــا أصـــلاً بالقانون العادي (قانون العقوبات وتشريعاته المكملة) [٨٨٩] وأحيلت إلـــى المحكمـــة بقرار من رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه[٨٩٠].

ونؤكد بأن أحكام محاكم أمن الدولة "طوارئ" بنوعيها تصير نهائية بتصـــديق رئيس الجمهورية عليها و "يجوز لرئيس الجمهورية أن يخفف العقوبة المحكوم بها أو أن يبدل بها عقوبة أقل أو أن يلغي كل العقوبات أو بعضها أيا كان نوعها أصلية أو تكميلية أو تبعية ، أو أن يوقف تنفيذ العقوبات كلها أو بعضها ، كما يجـــوز لـــه إلغاء الحكم مع حفظ الدعوى أو مع الأمر بإعادة المحاكمة أمام دائرة أخرى" ، وفي هذه الحالة الأخيرة يجب أن يكون القرار مسبباً . فإذا صدر الحكم بالإدانـــة جـــاز لرئيس الجمهورية تخفيف العقوبة أو وقف تنفيذها أو إلغاءها وفق ما هو مبين فـــي الفقرة الأولي أو إلغاء الحكم مع حفظ الدعوى . كما "يجوز له بعد التصديق علـــى الحكم أن يلغي الحكم مع حفظ الدعوى أو أن يخفف العقوبة أو أن يوقف تنفيذها ، وذلك كله ما لم تكن الجريمة الصادر فيها الحكم جناية قتل عمد أو اشتراك فيه" .

ب – **محاكم أمن الدولة الدائمة**[٨٩١]: نشأت هذه المحاكم بالقانون رقـــم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ تطبيقاً للمادة ١٧ من الدستور الصادر سنة ١٩٧١ والتي تنص علـــى

---

(٨٨٩) انظر الهامش السابق وقد حكم بأن النعي بصدور الحكم من محكمة غير مختصة ولائيا يكون على غير أساس إذا بني على القول بأن النيابة العامة قدمت المتهمين بجريمة من جرائم القانون العام من التي يجوز إحالتها إلى محكمة أمن الدولة ، إلـــى محكمـــة الجنايـــات : نقـــض جنـــائي ٣٠ مـــن نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٧٨ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٩ رقم ١٧٣ ص ٨٣٩.

(٨٩٠) انظر قرار رئيس الجمهورية رقم ٧ لسنة ١٩٦٧ (الجريدة الرسمية ، العدد ٧٧ مكرر في ٢ مـــن سبتمبر/أيلول سنة ١٩٦٧) تطبيقا للقرار الجمهوري رقم ١٣٣٧ لسنة ١٩٦٧ الصادر فـــي ٥ مـــن يونيه/حزيران سنة ١٩٦٧ بشأن إعلان حالة الطوارئ (الجريدة الرسمية ، العدد ٦٣ مكرر الصادر في ٥ من يونيه/حزيران سنة ١٩٦٧) .

(٨٩١) وهي من محاكم القضاء الجنائي ذات الولاية الخاصة : عبيد رقم ٧٨٧ ص ١٢٢٧.

أن يتولى القانون تنظيم ترتيب محاكم أمن الدولة ، ويبين اختصاصاتها والشـروط الواجب توافرها فيمن يتولون القضاء فيها . لذا فهي تعد محاكم دائمـة بالمقابلـة للمحاكم الأولي التي تعد مؤقتة بحالة الطوارئ.

فتنشأ في دائرة كل محكمة من محاكم الاستئناف أمن دولة عليا أو أكثر وتشكل من ثلاث من مستشاري محكمة الاستئناف على أن يكون الرئيس بدرجـة رئـيس محكمة الاستئناف. وأجاز المشرع أن ينضم إلى عضويتها عضوان مـن ضـباط القوات المسلحة بالقضاء العسكري برتبة عميد على الأقل بموجب قرار جمهوري .

كما تنشأ في مقر كل محكمة جزئية محكمة أمن دولة جزئية أو أكثر من قاض جزئي فرد.وقد حدد المشرع اختصاص هذه المحاكم بجرائم معينـة ، وتطلـب أن تفصل المحكمة فيها على وجه السرعة (مادة ٣) .

وتعد أحكام هذه المحاكم نهائية ولا يجوز الطعن فيها إلا بطريق الـنقض وإعـادة النظر إذا كان الحكم صادرا من إحدى محاكم أمن الدولة العليا ، أما أحكام محاكم أمـن الدولة الجزئية فتقبل الطعن فيها أمام دائرة متخصصة بمحكمة الجنح المستأنفة. وتقبـل الأحكام الصادرة من هذه الأخيرة بدورها الطعن فيها بالنقض والتماس إعادة النظر(٨٩٢).

٤ – **محكمة الحراسة** : وهي محكمة خاصـة مشـكلة بقـرار مـن رئـيس الجمهورية بموجب القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ تنظيم فرض الحراسـة وتـأمين سلامة الشعب للفصل في دعاوى فرض الحراسة(٨٩٣) ويرأسها أحد نواب رئـيس

---

(٨٩٢) وتعد مخالفة ذلك خطأ في القانون يوجب نقض الحكم : محكمة النقض طعن رقم ٦٩٥١ س ٥٤ ق ٩ في ٩ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٨٦ ، مجلة القضاة الفصلية (ينـاير/كـانون الثـاني – يونيه/حزيران سنة ١٩٨٨) ، سابق الإشارة إليها ، ص ٥٣ .

(٨٩٣) مازال هذا القانون قائما ومعمولا به وإن كانت اختصاصات محكمة الحراسة قد نقلت بالكامل إلى محكمة القيم : عبيد رقم ٨١٠ ص ١٢٦٨ : ١٢٦٩ . وقد ألغيت المادة الثامنة بالقرار بقانون رقـم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٤ (الجريدة الرسمية ، العدد ٤٣ تابع في ٢٧ من أكتوبر/تشرين الأول سـنة ١٩٩٤ ص ص ٦ : ٩) وكانت هذه المادة تخول للمدعي العام الاشتراكي الحق في أن يأمر بـالتحفظ فـي مكان أمين على الأشخاص المفروضة عليهم الحاسة لمدة قد تصل إلى خمس سنوات وبذلك أصـبح اختصاص المدعي العام الاشتراكي مقصوراً على الادعاء في دعاوى فرض الحراسة على الأمـوال فقط في الأحوال المنصوص عليها في هذا القانون ، الذي نأمل أن يلغي كلية في وقت قريب اكتفـاء بما للنيابة العامة من اختصاص في هذا الصدد ، وانظر الكتاب القيم للأستاذ الدكتور وحيد رأفـت ، دراسات في بعض القوانين المنظمة للحريات ، منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٨١ ، حيث ينتقد سيادته – بحق – التشريعات الاستثنائية وينادي بإعادة النظر فيها للتوفيـق فيهـا مـا أمكـن بـين مقتضيات الأمن والأمان مما لا يمكن لأية دولة أن تفرط فيه ، وبين الحد الأدنـى مـن الحريـات

محكمة النقض بعضوية ثلاثة من مستشاري الاستئناف وثلاثـة مـن المـواطنين المشتغلين بالمهنة أو الصناعة أو العمل الأساسي الذي يعول عليه المطلوب فرض الحراسة عليه . ويختار هؤلاء المواطنون من كشوف تعدها مقدماً جهات يحـددها وزير العدل ويعتمد كشوفها . فإذا لم تكن للمطلوب فرض الحراسة عليـه مهنـة مشروعة يتم اختيار الأعضاء الثلاثة من الواردة أسماؤهم في الكشف الـذي يعـده وزير العدل متضمناً بعض الشخصيات العامة .

وأجاز القانون للمحكمة فرض الحراسة عند توافر دلائل جديدة على أن تضخم أموال الشخص الطبيعي كلها أو بعضها أو الأموال التي تكون في الواقـع تحـت سيطرة الشخص الخاضع للحراسة ولو كانت على أسم زوجه أو أولاده القصر أو البالغين أو غير هؤلاء إذا كان الخاضع هو مصدر ذلك المال قـد تـم بالـذات أو بواسطة الغير بسبب من الأسباب الآتية :

أ – إتيان أفعال من شأنها الإضرار بأمن البلاد مـن الخـارج أو الـداخل أو بالمصالح الاقتصادية للمجتمع الاشتراكي أو بالمكاسب الاشتراكية للفلاحين والعمال أو إفساد الحياة السياسية في البلاد أو تعريض الوحدة الوطنية للخطر .

ب – استغلال المنصب أو الوظيفة أو الصفة النيابية أو الصـفة الشـعبية أو النفوذ .

ج – استخدام الغش أو التواطؤ أو الرشوة فـي تنفيـذ عقـود المقـاولات أو التوريدات أو الأشغال العامة أو أي عقد إداري مع الحكومـة أو مـع الهيئـات أو المؤسسات العامة أو الوحدات التابعة لها أو أي من الأشخاص الاعتبارية العامة .

د – تهريب المخدرات أو الإتجار فيها.

هـ – الإتجار في الممنوعات أو في السوق السوداء أو التلاعب بقوت الشـعب أو بالأدوية.

و – الاستيلاء بغير وجه حق على الأموال العامة أو الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية .

الديمقراطية التي بدونها لن تكون الديمقراطية إلا كالطبل الأجوف يدوي في الفضاء ولكنه لا يسـمن ولا يغني من جوع (ص ص ١٩٨ : ١٩٩) .

في كل هذه الأحوال يجوز لمحكمة الحراسة أن تفرض الحراسة مكتفية في ذلك بوجود دلائل فحسب[٨٩٤]. وعلي الرغم من أن هذه الدلائل أدني قيمة ومرتبة من الأدلة ولا تصلح أساساً لحكم قضائي ، فإن الأمر كله مرده إلى ضمير القاضي الذي يتعين عليه – بغض النظر عن المسميات المستخدمة : أدلة أم دلائل – أن يحكم بالعدل.

٤ – **محكمة القيم** : وهي محكمة من درجتين أنشئت بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ الخاص بحماية القيم من العيب[٨٩٥]، وتتشكل درجتها الأولى من سبعة أعضاء برياسة أحد نواب رئيس محكمة النقض وعضوية ثلاثة من مستشاري محكمة النقض أو محاكم الاستئناف وثلاثة من الشخصيات العامة ، أما درجتها الثانية فتتكون من تسعة أعضاء برياسة أحد نواب رئيس محكم النقض وعضوية أربعة من مستشاري محكمة النقض أو محاكم الاستئناف وأربعة من الشخصيات العامة[٨٩٦]. ويصدر وزير العدل قراراً بهذا التشكيل بعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية.

وتختص هذه المحكمة بالفصل في جميع الدعاوى التي يقيمها المدعي العام الاشتراكي [٨٩٧] طبقاً للقانون ٣٤ لسنة ١٩٧١ بتنظيم فرض الحراسة وتأمين سلامة

---

(٨٩٤) وقد حكم بأن صدور حكم محكمة الحراسة دون مجازاة الخاضع بأي من التدابير لا يمس أهليته : المحكمة الإدارية العليا ، أول يونيه/حزيران سنة ١٩٨٥ ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة ، المكتب الفني لمجلس الدولة ،س ٣٠ ، رقم ١٨٢ ص ١٢٢٥ .

(٨٩٥) معدل بالقرار بقانون رقم ٢٢١ لسنة ١٩٩٤ (الجريدة الرسمية ، العدد ٤٣ تابع في ٢٧ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٩٤ ص ٦) .

(٨٩٦) مفاد نص المادة ٥٠ من قانون حماية القيم من العيب رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ إن أحكام المحكمة العليا للقيم نهائية غير قابلة للطعن فيها ومن ثم فإنه مع قيام هذا النص الخاص لا يجوز إعمال القاعدة العامة الواردة في المادة ٢٤٩ من قانون المرافعات التي تجيز الطعن بالنقض في الأحكام الانتهائية أيا كانت المحكمة التي أصدرتها : نقض مدني في ٢٥ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٩٠ طعن رقم ٢١٥٠ س٥ ق (غير منشور) .

(٨٩٧) أنشئت هذه الوظيفة بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ الصادر في ١٧ من يونيه/حزيران سنة ١٩٧١ ثم قننت دستورياً بالمادة ١٧٩ سنة ١٩٧١ . وبمقتضى المادة الأخيرة انتقلت سلطة تعيينه وإعفائه من رئيس الجمهورية إلى مجلس الشعب على أن يكون مسئولاً عن اتخاذ الإجراءات التي تكفل تأمين حقوق الشعب وسلامة المجتمع ونظامه السياسي والحفاظ على المكاسب الاشتراكية والتزام السلوك الاشتراكي (مادة ١٧٩ من الدستور) ورخص الدستور للقانون تحديد اختصاصاته الأخرى ، وقد عدل القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ بالقرار بقانون رقم ٢٢١ لسنة ١٩٩٤ (الجريدة الرسمية ، العدد ٤٣ تابع في ٢٧ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٩٤) وقصر اختصاص المدعي العام

الشعب بما في ذلك ما يدخل في الاختصاصات التي تقررها له القوانين الأخرى (القرار بقانون رقم ٢٢١لسنة ١٩٩٤ المعدل للمادة ١٦ من قانون حماية القيم من العيب) [٨٩٨] ، ويشمل اختصاصها ما يلي :

(١) الأفعال المحرمة بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٢ بشأن حماية الوحدة الوطنية[٨٩٩] والقرار بقانون الصادر من رئيس الجمهورية رقم ٢ لسنة ١٩٧٧[٩٠٠]

الاشتراكي على الاختصاصات المقررة للوزير المعهود إليه بالحراسة فضلاً عن الاختصاصات التي تقررها له القوانين الأخرى (الجريدة الرسمية ، العدد ٤٣ تابع في ٢٧ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٩٤) . ثم عدل بالقانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٠ (الجريدة الرسمية العدد ٢٠ تابع في ١٨ من مايو/أيار سنة ٢٠٠٠ ص ٢٠) في شأن قواعد توزيع نسب الأموال المحكوم نهائياً بمصادرتها لصالح الشعب بسبب تهريب المخدرات أو الاتجار فيها بين القوات المسلحة ووزارة الداخلية ، طعن رقم ١٥ س١٨ قضائية دستورية ، وكان قد أضيف بنداً جديداً للقانون الوارد في المتن يجعل لمحكمة القيم الاختصاص في الفصل في التظلم من الإجراءات التي تتخذ وفقاً للمادة ٧٤ من الدستور ، وقضي بعدم دستوريته لصدوره بقرار بقانون رقم ١٥٤ لسنة ١٩٨١ دون توافر حالة ضرورة تدعو رئيس الجمهورية إلى مباشرة سلطته التشريعية الاستثنائية المقررة بالمادة ١٤٧ من الدستور : المحكمة الدستورية العليا ، ٢ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٩ ، الجريدة الرسمية ، في العدد ٢ ، ١٤ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٩ ص ص١٤٨ : ١٥٩ (سابق الإشارة إليه) .

(٨٩٨) يختص القضاء العادي دون محكمة القيم بأي منازعات تنشأ بين الأفراد وجهة الحراسة ومنها المنازعة بشأن مسئولية المدعي العام الاشتراكي عن تعويض الضرر الناجم عن خطئه في إدارة الأموال المعهودة إليه حراستها والإخلال بواجبات الحراسة أو المسئولية التقصيرية وذلك كله طبقاً للقانون المدني : نقض مدني في ٧ فبراير/شباط سنة ١٩٩٣ ، طعن رقم ٣٥٥٦ س٦١ ق ، المحاماة ، أبريل/نيسان سنة ١٩٩٥، رقم ١٧ ص ١١٤ .

(٨٩٩) وهو يعاقب كل من أذاع عمداً أخباراً أو بيانات أو إشاعات كاذبة أو مغرضة بقصد الإضرار بالوحدة الوطنية بين قوي تحالف الشعب أو بين طوائفه ، ويشدد العقوبة إذا اتخذت هذه الإذاعة صورة دعاية مثيرة موجهة للعسكريين في زمن الحرب (مادة ٥) . وتعاقب كذلك كل من حرض بإحدى وسائل العلانية المنصوص عليها في المادة ١٧١ من قانون العقوبات بحض فئة من فئات قوي التحالف أو طائفة من الناس أو على الازدراء بها أو إثارة الفتنة بينها ، إذ أن من شأن هذا التحريض الإضرار بالوحدة الوطنية (مادة ٦) وشددت المادة السابعة العقوبة إذا تمت الأفعال الواردة في المادتين ٥ و ٦ بناء على تخابر مع دولة أجنبية .

(٩٠٠) وهو يعاقب كل من تجمهر بقصد تخريب أو إتلاف الأملاك العامة أو التعاونية أو الخاصة أو حرض أو شجع ذلك (مادة ٣) . ويعاقب كل من يقدم بيانات غير صحيحة عن ثروته أو يتهرب من أداء الضرائب والتكاليف العامة (مادة ٧٥) ، وكل من دبر أو شارك أو حرض أو شجع على تجمهر يؤدي إلى إثارة الجماهير بدعوتهم إلى تعطيل تنفيذ القوانين واللوائح بهدف التأثير على ممارسة السلطات الدستورية لأعمالها أو منع الهيئات الحكومية أو مؤسسات القطاع العام أو الخاص أو معاهد العلم من ممارسة عملها باستعمال القوة أو التهديد باستعمالها . ويعاقب كذلك العاملون الذين يضربون عن عملهم متفقين في ذلك أو مبتغين تحقيق غرض مشترك إذا كان من شأن هذا الإضراب تهديد الاقتصاد القومي (مادة ٧) . وتعاقب المادة الثامنة بدورها كل من دبر أو شارك في تجمهر أو اعتصام من شأنه أن يعرض السلم العام للخطر (انظر رسالة الدكتوراه المقدمة من الأستاذ ناصف إمام سعد هلال ، إضراب العاملين بين الإجازة والتجريم تشريعا وقضاء

والقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ بنظام الأحزاب السياسية المعدل عدة مرات آخرهـا سنة ١٩٨١[٩٠١].

وفقها ، كلية الحقوق / جامعة عين شمس سنة ١٩٨٤) ونؤكد في هذا المقام بأن الـنص الخـاص بالإضراب قد نسخ بانضمام مصر للاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعيـة التـي أقرتهـا الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٦ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٦٦ ، فقد وقعت عليها مصر في ٤ من أغسطس/ آب سنة ١٩٦٧ وصدر قرار جمهوري بالانضمام إليها في أول أكتوبر/تشـرين الأول سنة ١٩٨١ (الجريدة الرسمية العدد ١٤ في ٨ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٢ . وقد صدر حكم محكمة أمن الدولة العليا طوارئ في القضية رقم ٤١٩٠ لسنة ١٩٨٦ الأزبكية رقم ١٢١ كلي شمال القاهرة في ١٦ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٧ مؤيدا هذا الرأي إعمالا للمادة ١٥١ من الدستور التـي تجعل للمعاهدة قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة . وانظر في هذا المعنى : نقض مدني ٢٢ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٠ ، مجلة المحاماة ، العددان السابع والثامن س ٦٥ ص ص٧٦ : ٧٨ و ١٨ من مايو/أيار سنة ١٩٨٢ ، مجموعة المكتب الفنـي ، س ٣٢ ، رقم ٩٧ ص ص٥٤٢ :٥٤٣ .

(٩٠١) عدل هذا القانون بالقوانين أرقام ٢٦ لسنة ١٩٧٩ (الجريدة الرسمية ٢١ مكرراً فـي ٣٠ مـن مايو/أيار سنة ١٩٧٩) و ١٤٤ لسنة ١٩٨٠ (الجريدة الرسمية عـدد ٢٨ مكـرراً فـي ١٣ مـن يوليه/تموز سنة ١٩٨٠ و ٣٠ لسنة ١٩٨١ في ٣٠ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨١) والقرار بقـانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٨١ (الجريدة الرسمية ، عدد ٣٦ تابع في ٣ من سـبتمبر/أيلـول سـنة ١٩٨١) والقرار بقانون رقم ٢٢١ لسنة ١٩٩٤ (الجريدة الرسمية ، عدد ٤٣ تابع في ٢٧ من أكتوبر/تشـرين الأول سنة ١٩٩٤) ،ويعاقب كل من : أنشأ أو أسس أو نظم أو أدار على خلاف أحكام هذا القـانون تنظيماً حزبياً غير مشروع ولو كان مستتراً تحت أي ستار ديني أو في وصف جمعيـة أو هيئـة أو منظمة أو جماعة أيا كانت التسمية أو الوصف الذي يطلق عليه ، ويشدد العقوبة إذا كـان التنظـيم الحزبي غير المشروع معادياً لنظام المجتمع أو ذا طابع عسكري أو شبه عسـكري أو أخـذ طـابع التدريبات العنيفة أو إذا كان التنظيم قد نشأ بالتخابر مع دولة أجنبية أو معادية وكان الجـاني علـى علم بذلك (مادة ٢٣) . وتعاقب المادة ٢٥ من نفس القانون كل مسئول في حزب سياسي أو أي من أعضائه أو من العاملين به قبل أو تسلم مباشرة أو بالوساطة مالاً أو حصل على ميزة أو منفعة بغير وجه حق من شخص اعتباري مصري لممارسة أي نشاط يتعلق بالحزب ، وتشدد العقوبة إذا كـان المال أو الميزة أو المنفعة من أجنبي أو من أية جهة أجنبية . وتـؤثم المـادة ٢٦ مخالفـة شـروط التأسيس المنصوص عليها بالمادة ٤ أو قيام مؤسس الحزب بممارسة أي نشاط حزبي أو إجـراء أي تصرف باسم الحزب خارج الحدود اللازمة لتأسيسه قبل التاريخ المحدد لتمتعه بالشخصية الاعتبارية أو صرف أموال الحزب لغير أغراضه أو أهدافه المحددة بنظامه الداخلي أو عـدم إيـداع أمـوال الحزب في أحد المصارف المصرية أو عدم مسك دفاتر منتظمة للحسابات تتضمن إيرادات الحـزب ومصروفاته طبقا للقواعد التي يحددها نظامه الداخلي ويحظر هذا القانون على أي حزب التعاون أو التحالف مع أي حزب أو تنظيم سياسي أجنبي إلا طبقاً للقواعد المنظمة لهذا الاتصال التي تضـعها لجنة شئون الأحزاب السياسية بناء على ما يقترحه أمين اللجنة . وقد كان هناك أيضاً القانون رقـم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعي (الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر في ٣ من يونيه/حزيران سنة ١٩٧٨) وقد الغي بالقرار رقم ٢٢١ لسنة ١٩٩٤ (الجريدة الرسـمية ، العدد ٤٣ تابع ٢٧ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٩٤) . وقد حكم بعدم دستورية المـادة الرابعـة التي تحرم من الانتماء للأحزاب السياسية أو مباشرة الحقوق والأنشطة السياسية كل من تسبب فـي إفساد الحياة السياسية قبل ثورة ١٩٥٢ سواء كان اشتراكاً في تقلد المناصـب الوزاريـة أو قيـادة الأحزاب أو إدارتها]عدا الحزب الوطني والحزب الاشتراكي (حزب مصر الفتـاة) [، ويعتبـر

(٢) كافة اختصاصات المحكمة المنصوص عليها في القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ ينتظم فرض الحراسة وتأمين سلامة الشعب المقررة بالقانون المذكور[٩٠٢].

(٣) الفصل في الأوامر والتظلمات التي ترفع طبقاً لأحكام هذا القانون .

(٤) الفصل في الحالات المشار إليها في الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٢ بتصفية الحراسات السابقة[٩٠٣] على القانون[٩٠٤] رقم

اشتراكا في قيادة الحزب وإدارته تولي مناصب الرئيس أو نواب الرئيس أو وكلائه أو السكرتير العام أو السكرتير العام المساعد أو أمين الصندوق أو عضوية الهيئة العليا للحزب . وقضت المحكمة الدستورية العليا بأن تنظيم المشرع لحق المواطنين في الانتماء إلى الأحزاب السياسية ومباشرتهم لحقوقهم السياسية ينبغي ألا يعصف بهذه الحقوق أو يؤثر على بقائها على نحو ما سلكه النص المطعون عليه ، إذ تعرض لحقوق عامة كفلها الدستور ، وحرم فئة من المواطنين منها حرماناً مطلقاً ومؤبداً : المحكمة الدستورية العليا جلسة ٢١ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨١ ، القضية رقم ٥٦ س ٦ ق دستورية ، مجموعة الأحكام التي أصدرتها المحكمة من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٨٤ حتى ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٦ (الجزء الثالث) ٥١ ص ٣٥٣ وما بعدها . وعلى هذا الأساس تتبقى لنا المواد ٥ و ٦ و ١٠ فقط وهي تخدم طائفة أخرى من الأشخاص ثبت ارتكابهم لجرائم خاضعة للقانون العام أو للقوانين الخاصة من الانتماء للأحزاب السياسية أو مباشرة الحقوق أو الأنشطة السياسية (مادة ٥) . ويجيز المشرع للجنة شئون الأحزاب سحب هذا الحرمان على=
= كل من يثبت لها من التحقيق الذي يجريه المدعي العام الاشتراكي وفقا لأحكام هذا القانون إتيانه أفعال معينة (مادة ٦) أما المادة العاشرة فهي تنص على أنه يحق للجنة السابقة أن توقف لمقتضيات المصلحة القومية العليا أي قرار أو نشاط لأي حزب من الأحزاب السياسية يبت في تقرير المدعي العام الاشتراكي الذي يعده بناء على التحقيق الذي يجريه خروجه أو بعض قياداته على مبادئ النظام الاشتراكي الديمقراطي أو قيم المجتمع الروحية أو الدينية ، وارتكابه أو بعض قياداته أفعالاً تهدد السلام الاجتماعي أو الوحدة الوطنية أو إذا قبل في عضوية أي شخص بالمخالفة لأحكام المادتين الخامسة والسادسة.

(٩٠٢) الجريدة الرسمية ، العدد ٢٤ في ١٧ من يونيه/حزيران سنة ١٩٧١.

(٩٠٣) الجريدة الرسمية العدد ٤٠ في ٥ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٧٢ .

(٩٠٤) أسند المشرع (قانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١) بشأن الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة لمحكمة القيم دون غيرها الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بتحديد الأموال وقيمة التعويضات والمنازعات الأخرى المتعلقة بالحراسات التي فُرضت قبل العمل بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ بتنظيم فرض الحراسة . وقد حكمت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأن من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المنازعات التي قصد المشرع إحالتها إلى محكمة القيم هي تلك المنازعات الموضوعية التي تدور حول تقرير الحق أو نفيه ومن ثم يخرج من اختصاصها سائر المنازعات المتعلقة بتأميم الشركات والمنشآت ، وتختص المحاكم العادية بنظر هذه المنازعات بحسبانها صاحبة الولاية العامة للفصل في المنازعات المدنية والتجارية إلا ما استثني منها بنص خاص »الطعون أرقام ١٧٢٤ لسنة

٣٤ لسنة ١٩٧١[٩٠٥].

نخلص مما تقدم إلى أن محكمة القيم تعـد جهـة قضـاء غيـر عـادي لهـا اختصاصات تشريعية غير محددة النطاق أو المضمون[٩٠٦] وهذا وحده يكفي لجعل المناداة بإلغائها عين الصواب.

ولعل في صدور قانون رقم ١ لسنة ١٩٩٧ بتنظيم الطعن في الأحكام النهائيـة الصادرة من المحكمة العليا للقيم في المنازعات المنصوص عليها في المادة (٦) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ بتصفية الأوضاع الناشـئة عن فرض الحراسة ، أمام محكمة القيم بطعن برفع ويفصل فيه وفقًا للإجـراءات المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية خطوة على هذا الطريق[٩٠٧].

الفرع الثاني

---

٥٥ ق و ١٧٢٥ لسنة ٥٥ ق و ٢٢٧٧ لسنة ٥٧ ق و ٥٧٧ س ٥٨ ق جلسة ٣٠ من مايو/أيار سنة ١٩٩١ (غير منشورين) .

(٩٠٥) حكم بعدم دستورية المادة ٥٠ من قانون حماية القيم من العيب الصادر بالقانون رقـم ٩٥ لسـنة ١٩٨٠ فيما تضمنته من حظر الطعن بغير طريق إعادة النظر في الأحكام النهائية الصـادرة عـن المحكمة العليا للقيم في شأن المنازعات المحالة إلى قضاء القيم وفقاً لنص المادة ٦ من قرار رئـيس الجمهورية بالقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة (المحكمـة الدستورية العليا ، جلسة ٥ من أغسطس/ آب سنة ١٩٩٥ ، قضـية رقـم ٩ لسـنة ١٦ قضـائية ، الجريدة الرسمية العدد ٣٣ ، ١٧ أغسطس/ آب سنة ١٩٩٥ ص ١٩٣٢) .

(٩٠٦) من ابلغ ما قيل في حقها أن «ابتداعها تم بقانون استثنائي ، وهو قانون حماية القيم من العيب رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ ، ووصفها بأنها محاكم سياسية جعلها بيدقاً خانعاً في لعبة السياسة ، وزج بها إلـى حظيرة المحاكم الاستثنائية ، وإدخال عناصر غير قضائية خلع عنها صـفة القضـاء الطبيعـي ، وتعيين المدعي الاشتراكي الذي يقوم بدور الادعاء أمامها من قبل مجلس الشعب ، يتعـارض مـع استقلال القضاء ، وابتناء القرارات التي تصدر منها على الدلائل الأولية ينفي عنها وصف المحكمة ، وجواز رجوعها عن قراراتها ، ينفي عنها وصف الحكم» : شحاته ، استقلال القضـاء ص ،٢٥٨ ولعل أبلغ دليل على صحة هذا النقد استجابة رئيس الجمهورية له وإصداره القرار بقانون رقم ٢٢١ لسنة ١٩٩٤ (الجريدة الرسمية ، العدد ٤٣ تابع ، ٢٧ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٩٤) وقصره اختصاصات المدعي العام الاشتراكي على الاختصاصات المقررة للوزير المعهود إليـه بالحراسـة فضلاً عما تقرره له القوانين الأخرى من اختصاصات . ورغم هذا التعـديل فـلا نرتضـي غيـر استئصال شأفة هذا القانون الذي يعد وصمة عار في جبين أي نظام ديمقراطي .

(٩٠٧) الجريدة الرسمية ، العدد ٢ مكرر في ١٤ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٧ ، وجدير بالذكر أن المشرع جعل ميعاد الطعن في الأحكام النهائية الصادرة في هذه المنازعات قبل العمل بهذا القـانون ستين يوماً من تاريخ العمل به أي من ١٦ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٧ .

القضاء الإداري : مجلس الدولة

ينص قانون مجلس الدولة [908] على أن المجلس هيئة قضائية مستقلة [909] (مادة ١) .

يختص بالفصل في سائر المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية[910].

---

(٩٠٨) وهو قرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ صدر في أول أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٧٢ وعدل أربع مرات بالقوانين أرقام : ٥٠ لسنة ١٩٧٣ (الجريدة الرسمية العدد ٢٨ في ١٢ من يوليه/تموز سنة ١٩٧٣) و ١٧ لسنة ١٩٧٦ (الجريدة الرسمية العدد ١١ في ١١ من مارس/آذار سنة ١٩٧٦) و ٩٦ لسنة ١٩٧٦ (الجريدة الرسمية العدد ٣٥ مكرر في ٢٨ أغسطس/ آب سنة ١٩٧٦) و ١٣٦ لسنة ١٩٨٤ (الجريدة الرسمية العدد ٣١ في ٢ من أغسطس/ آب سنة ١٩٨٤) ، وقرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ (الجريدة الرسمية ، العدد ٤٠ تابع في ٧ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٩٣) والقانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٢ ، (الجريدة الرسمية ، العدد ٣ مكررًا في ٢٠ من يناير/كانون الثاني سنة ٢٠٠٢ ص٣) .

(٩٠٩) ويثور التساؤل حول ما إذا كان مجلس الدولة يعد جزءاً من السلطة القضائية أو من السلطة التنفيذية ؟ يجيب البعض عن هذا التساؤل بقوله "إن مجلس الدولة من الناحية التاريخية جزءاً من السلطة الإدارية سواء في مصر أو في فرنسا ، ولا يبدو لنا أن وضع مجلس الدولة المصري قد تغير بالإشارة إليه في دستور سنة ١٩٧١ في نفس الفصل الخاص بالسلطة القضائية" (تناغو رقم ١٥٨ص٦٣٣) على الرغم من عدم تشكيك سيادته في أن مجلس الدولة المصري يعمل منذ إنشائه على إخضاع الإدارة لسيادة القانون وإرساء مبدأ الرقابة القضائية لدستورية القوانين واللوائح . ونحن من جانبنا لا نعترض على هذا الرأي بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي الذي يرأسه رئيس الوزراء أما بالنسبة لمجلس الدولة المصري فإن ما يراه سيادته محل نظر لسببين أولهما الاختصاصات القضائية الممنوحة للقسم القضائي لمجلس الدولة وثانيهما نص الدستور المصري الصريح في المادة ١٩٧٢على أنه هيئة قضائية مستقلة تختص بالفصل في المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية . مع ذلك فإن الاختصاصات الأخرى المقررة لمجلس الدولة المصري في مجالي الفتوى والتشريع هي المسئولة عن إثارة اللبس حول هويته الحقيقية . ونؤكد بأن هذين المجالين كانا حكراً على قلم قضايا الحكومة (التي أصبحت إدارة قضايا الحكومة ثم هيئة قضايا الدولة بعد ذلك (انظر لاحقاً دراستنا لهذا الموضوع ص ٢٧٤ وما بعدها) حتى تم إنشاء مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ وأنيط به مباشرة هذا الاختصاص . وانظر في التأكيد على اعتبار مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة تختص بالفصل في "سائر" الدعاوى الإدارية والدعاوى التأديبية : المحكمة الإدارية العليا ، ٢٥ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٨٧ ، مجموعة المحكمة الإدارية العليا ، المكتب الفني لمجلس الدولة (الناشر نقابة المحامين / مصر) ، س ٣٢ جـ ١ ، رقم ١٠٦ ص ٦٩٠ وما بعدها . وانظر في التأكيد على حق القضاء الإداري في ابتداع الحلول لأنه " ليس مجرد قضاء تطبيقي نصوص مقدماً ، بل هو على الأغلب قضاء إنشائي ، لا مندوحة له من خلق الحل المناسب" : محكمة القضاء الإداري ، ٣٠ من يونيه/حزيران سنة ١٩٥٧ ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، المكتب الفني لمجلس الدولة ، س ١١ رقم ٣٧٧ ص ٦٠٧ (سابق الإشارة إليه) .

(٩١٠) تنصرف هذه العبارة بكل المنازعات الإدارية حتى ولو لم تتخذ شكل قرارات المحكمة الإدارية العليا و ٢٥ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٨٧ ، مجموعة أحكام المحكمة ، المكتب الفني لمجلس الدولة ، س ٣٢ ق ، رقم ١٠٦ ص ٦٩٠ و يلاحظ أن القرار الإداري الذي لا تختص جهة القضاء العادي بإلغائه أو تأويله أو تعديله وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة – هو ذلك القرار الذي

تتكون من أقسام ثلاثة هي القسم القضائي وقسم الفتوى وقسم التشريع ، **وندرس هنا بإيجاز كل قسم من هذه الأقسام:**

أولاً : القسم القضائي : يتألف هذا القسم من المحكمة الإدارية العليا ومحكمة القضاء الإداري والمحاكم الإدارية والمحاكم التأديبية وهيئة مفوضي الدولة . وذلك على التفصيل الآتي:

١- **المحكمة الإدارية العليا** : وهي محكمة واحدة توجد في القاهرة ويرأسها رئيس مجلس الدولة وتصدر أحكامها من دوائر من خمسة مستشارين وتكون بها دائرة أو أكثر لفحص الطعون وتشكك من ثلاث مستشارين (مادة ٤ / ١) .

« ويجوز الطعن أمامها في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري أو من المحاكم التأديبية وذلك في الأحوال الآتية (مادة ٢٣):

(١) إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله.

(٢) إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم .

(٣) إذا صدر الحكم على خلاف حكم سابق حاز قوة الشيء المحكوم فيه سواء دفع بهذا الدفع أو لم يدفع".

٢- **محكمة القضاء الإداري** : مقر هذه المحكمة مدينة القاهرة ويرأسها نائب رئيس المجلس لهذه المحكمة وتصدر أحكامها من دوائر تشكل كل منها من ثلاثة مستشارين ، ويحدد اختصاص كل دائرة من دوائر هذه المحكمة بقرار من رئيس

تفصح به الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين متي كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه مصلحة عامة : " نقض مدني ، ١٨ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٥ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٦ رقم ٢٣٤ ص ١١٣٦". نوهت المحكمة بأن القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة في نظر كافة المنازعات المدنية والتجارية التي تنشب بين الأفراد فيما بينهم وبين إحدى وحدات الدولة . ويلاحظ أن اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الخاصة بالعقود الإدارية هو اختصاص مطلق شامل لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها ومن ثم يمتد اختصاصها إلى الطلبات المستعجلة كما يشمل ما يكون قد صدر بشأن العقد الإداري من إجراءات أو قرارات : نقض مدني ، ١٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٤، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٥ ، رقم ٥٤ ص ٣٣١ .

مجلس الدولة (مادة ٢/٤) [٩١١].

وتختص بالفصل في المسائل المنصوص عليها في المادة ١٠ وهي الطعون الخاصة بانتخابات الهيئات المحلية ، والمنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت المستحقة للموظفين العموميين أو لورثتهم ، والطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بالطعن في القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو الترقية أو بمنح العلاوات ، والطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بإحالتهم إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي ، والطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية شريطة أن يكون مرجع الطعن فيها عدم الاختصاص أو عيب في الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها ، والطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية ، وطلبات التعويض عن القرارات المنصوص عليها في البنود السابقة سواء رفعت بصفة أصلية أو تبعية والمنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر ، والدعاوى التأديبية المنصوص عليها في هذا القانون ، والطعون في الجزاءات الموقعة على العاملين بالقطاع العام في الحدود المقررة قانوناً وسائر المنازعات الإدارية واستثنى المشرع أدخل في اختصاص محكمة القضاء الإداري الفصل في الطعون التي ترفع إليها عن الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية (مادة ١٣) .

٣- **المحاكم الإدارية** : مقر هذه المحاكم أساساً القاهرة والإسكندرية[٩١٢]

---

(٩١١) ويجوز بقرار من رئيس مجلس الدولة إنشاء دوائر للقضاء الإداري في المحافظات الأخرى ، وإذا شمل اختصاص الدائرة أكثر من محافظة جاز لها - بقرار من رئيس المجلس - أن تعقد جلساتها في عاصمة أي من المحافظات الداخلة في دائرة اختصاصها (مادة ٤ / ٣) . وقد صدر قرار رئيس مجلس الدولة » رقم ٢٨٧ لسنة ١٩٩٣ ، الوقائع المصرية ، ع ١٥٥ في ١٤ من يوليو/تموز سنة ١٩٩٣ ص ٨) بإنشاء دائرة المحكمة القضاء الإداري بمدينة الإسماعيلية ، وصدر قراره رقم ١٦٧ لسنة ١٩٩٥ (الوقائع المصرية ، العدد ٢١٠ في ١٧ من سبتمبر/أيلول سنة ١٩٩٥ ص ص ١١ : ١٢) بتحديد مقر هذه الدائرة وإنشاء دائرة جديدة بالمنصورة .

(٩١٢) ويجوز إنشاء محاكم إدارية في المحافظة الأخرى بقرار من رئيس المجلس ، وتحدد دائرة اختصاص كل محكمة بقرار من رئيس الدولة وإذا شمل اختصاص المحكمة أكثر من محافظة جاز لها أن تتعقد في عاصمة أي محافظة من المحافظات الداخل في اختصاصها وذلك بقرار من رئيس مجلس الدولة (مادة ٥ / ٢) . وقد صدر قرار رئيس مجلس الدولة رقم ٢٧٧ لسنة ١٩٩٣ (الوقائع المصرية ، ع ١٤٥ في ٣ من يوليو/تموز سنة ١٩٩٣ ص ٥) بإنشاء محاكم لمجلس الدولة

ويكون لها نائب رئيس يعاون رئيس المجلس في القيام على تنظيم وحسن سير العمل بها (مادة ٥ / ١) وتصدر أحكامها من دوائر تشكل كل منها برئاسة مستشار مساعد وعضوية اثنين من النواب على الأقل (مادة ٥ / ٢) .

وتختص المحاكم الإدارية بما يلي:

أ- الفصل في طلبات إلغاء القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو الترقية أو بمنح العلاوة والقرارات الإدارية الصادرة بإحالة الموظفين العموميين إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي متي كانت متعلقة بالموظفين العموميين من المستوي الثاني والمستوي الثالث ومن يعادلهم . وفي طلبات التعويض المترتبة على هذه القرارات.

ب- الفصل في المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت المستحقة لمن ذكروا في البند السابق أو لورثتهم .

جـ- الفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر متي كانت قيمة المنازعة لا تجاوز خمسمائة جنيه .

٤- **المحاكم التأديبية** : تتخذ هذه المحاكم مقراً لها في القاهرة والإسكندرية وتشكل بقرار من رئيس مجلس الدول من دوائر كل منها مكون من ثلاثة مستشارين أو اثنين من النواب برئاسة مستشار مساعد وفقاً للمستوي الوظيفي للعامل[٩١٣].

ويتولى أعضاء النيابة الإدارية الادعاء أمامها .وتختص المحاكم التأديبية بنظر

بمحافظة قنا . كما صدر قرار رئيس مجلس الدولة رقم ٢٨٧ لسنة ١٩٩٣ (الوقائع المصرية ، ع ١٥٥ فى١٤ من يوليو/تموز سنة ١٩٩٣ ص ٨) بإنشاء محكمة إدارية بمدينة الإسكندرية .

(٩١٣) «يكون مقار المحاكم التأديبية للعاملين من مستوي الإدارة العليا في القاهرة والإسكندرية وتؤلف من دائرة أو أكثر تشكل كل منها من ثلاث مستشارين ، ويكون مقار المحاكم التأديبية للعاملين من المستويات الأول والثاني والثالث في القاهرة والإسكندرية وتؤلف من دوائر تشكل كل منها برئاسة مستشار مساعد على الأقل وعضوية اثنين من النواب على الأقل . ويجوز بقرار من رئيس مجلس الدولة إنشاء محاكم تأديبية في المحافظات الأخرى ويبين القرار عددها ومقارها ودوائر اختصاصها بعد أخذ رأي مدير النيابة الإدارية . وإذا شمل اختصاص المحكمة التأديبية أكثر من محافظة جاز لها أن تنعقد في عاصمة أي محافظة من المحافظات الداخلة في اختصاصها ، وذلك بقرار من رئيس مجلس الدولة» (مادة٨) ، ونشير في هذا الصدد بقرار رئيس مجلس الدولة رقم ٦٨ بإنشاء محكمة تأديبية رقم ٦٨ لسنة ١٩٩٥ (الوقائع المصرية ،العدد ٢١٠ في ١٧ سبتمبر/أيلول سنة ١٩٩٥ ص ص ١٣ : ١٤) بإنشاء محكمة تأديبية في كل من المنصورة والإسماعيلية .

الدعاوى التأديبية عن المخالفات المالية والإدارية التي تقع من :

أ- العاملين المدنيين بالجهاز الإداري للدولة في وزارات الحكومة ومصـــالحها ووحدات الحكم المحلي والعاملين بالهيئة العامة والمؤسسات العامة وما يتبعها مـــن وحدات وبالشركات التي تضمن لها الحكومة حداً أدني من الأرباح.

ب- أعضاء مجالس إدارة التشكيلات النقابية المشكلة طبقـــاً لقـــانون العمـــل وأعضاء مجالس الإدارة المنتخبين طبقاً لأحكام القانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٦٣.

جـــ- العاملين بالجمعيات والهيئات الخاصة التي يصدر بتحديدها قـــرار مـــن رئيس الجمهورية ممن تتجاوز مرتباتهم خمسة عشر جنيهاً شهرياً .

كما تختص بنظر الطعون الخاصة بطلبات الموظفين العموميين بإلغاء القرارات الإدارية النهائية للسلطات التأديبية ، والطعون في الجزاءات الموقعة على العاملين بالقطاع العام في الحدود المقررة قانوناً .

٥- **هيئة مفوضي الدولة** : تؤلف هيئة مفوضي الدولة من أحد نواب رئـــيس المجلس رئيساً ومن عدد كاف من المستشارين المساعدين والنواب والمنـــدوبين . ويعين مفوضو الدولة لدى المحكمة الإدارية العليا ومحكمة القضـــاء الإداري مـــن درجة مستشار مساعد على الأقل وتتولى هيئة مفوضي الدولة تحضـــير الـــدعوى وتهيئتها للمرافعة (مادة ٢٧).

ثانياً : قسم الفتوى : يتكون هذا القسم (مـــادة ٥٨) مـــن «إدارات مختصـــة لرياسة الجمهورية ورياسة مجلس الوزراء والوزارات والهيئات العامة ، ويـــرأس كل إدارة منها مستشار أو مستشار مساعد ، ويعين عدد الإدارات وتحـــدد دوائـــر اختصاصها بقرار من الجمعية العمومية للمجلس وتختص الإدارات المذكورة بإبداء الرأي في المسائل التي يطلب الرأي فيها من الجهات المبينة فـــي الفقـــرة الأولـــي وبفحص التظلمات الإدارية .

ولا يجوز لأية وزارة أو هيئة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة» .

ثالثاً : قسم التشريع : يشكل قسم التشريع من أحد نواب رئيس المجلس ومـــن

عدد واف من المستشارين والمستشارين المساعدين ويلحق به نـواب ومنـدوبون (مادة ٦٢ /١) .

وتلتزم كل وزارة أو مصلحة قبل استصدار أي قانون أو قـرار مـن رئـيس الجمهورية ذي صفة تشريعية أو لائحة أن تعرض المشروع المقترح علـى قسـم التـشريع لمراجعة صياغته ، ويجوز لها أن تعهد إليه بإعداد هذه التشريعات (مادة ٦٣).

ونشير إلى أن المادة ٦٨ من قانون مجلس الدولة على أن تشكل جمعية عمومية لقسمي الفتوى والتشريع برياسة نائب لرئيس المجلس وعضـوية نـواب رئـيس المجلس لقسمي الفتوى والتشريع ومستشاري قسم التشريع ورؤساء إدارات الفتوى . وتختص هذه الجمعية بإبداء رأي مسبب ملزم للجانبين في المسائل والموضـوعات الآتية (مادة ٦٦):

أ- المسائل الدولية والدستورية والتشريعية وغيرها من المسائل القانونية التـي تحال إليها بسبب أهميتها من رئيس الجمهورية أو من رئيس الهيئة التشريعية أو من رئيس مجلس الوزراء أو من الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع .

ب- المسائل التي تري إحدى لجان قسم الفتوى إحالتها إليها لأهميتها .

ج- المنازعات التي تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين المؤسسات العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض .

كما تختص الجمعية العمومية بمراجعة مشروعات القوانين وقـرارات رئـيس الجمهورية ذات الصفة التشريعية واللوائح التي يرى قسم التشريع إحالتهـا إليهـا لأهميتها .

المطلب الثالث

أعضاء الهيئات القضائية

ينصرف هذا المصطلح إلى أعضاء جهات أربعة هي النيابة العامة أو القضاء العادي ، ومجلس الدولة ، والنيابة الإدارية وهيئة قضايا الدولة . ونحاول أن نعرف في إيجاز هؤلاء الأعضاء حتى يتضح لنا المقصود بكل منها . ونشير إلـى أننـا

سنكتفي بنبذة عن كل منها دون دخول في التفاصيل التي تخرج عن إطار دراستنا الحالي :

أولاً : رجال النيابة العامة والقضاء العادي: وهم رجـال القضـاء بـالمعنى الضيق. وينتظم هؤلاء كما هو واضح في النيابة العامة والقضاء العادي :

١- **رجال النيابة العامة** : ونعرض هنا لشروط تعيينهم وتـدرجهم الـوظيفي واختصاصاتهم :

أ- شروط التعيين : يعين أعضاء النيابة العامة – كقاعدة عامة – من خريجي كلية الحقوق بعد اجتيازهم امتحانا شفويا في القانون ، أمام لجنة قضـائية رفيعـة المستوي برياسة رئيس محكمة النقض . ويشترط فيمن يعين عضوا فـي النيابـة العامة عدة شروط عامة تشترط فيمن يعين في أية هيئة قضائية[٩١٤].

ب- التدرج الوظيفي : يبدأ التعيين في وظيفة معاون للنيابة ثم وكيـل (فئتـان عادية وممتازة) ثم رئيس لها (فئتان ب ، أ) ثم محام عام ثم محام عام أول ثم نائب عام مساعد وأخيراً نائب عام . وهذا الأخير هو قمة النيابة العامة ، مع ملاحظة أن القانون يجعل تبعية النيابة العامة لوزير العدل.

جـ- الاختصاصات : تعد النيابة العامة الهيئة الأمينة على الدعوى العمومية ، وتتولى ثلاثة أنواع من الوظائف هي وظائف قضائية وإدارية وولائية :

(١) وظائف قضائية : تختص النيابة العامة وحدها برفع الـدعوى العموميـة ومباشرتها ما لم ينص القانون على غير ذلك.

(٢) وظائف إدارية : تشرف النيابة العامة على السجون وميزانيـة وخزانـة المحكمة بما فيها من أموال في صورة غرامات أو رسوم أو أمانات أو ودائع إلـى غير ذلك .

(٣) وظائف ولائية : ترعي النيابة العامة مصالح عديمي الأهليـة والغـائبين

---

(٩١٤) وهذه الشروط العامة هي أن يكون مصرياً كامل الأهلية حاصلاً على إجازة في الحقوق من إحدى كليات الحقوق بجامعات جمهورية مصر العربية أو على شهادة أجنبية معادلة لها وأن يـنجح فـي الحالة الأخيرة في امتحان المعادلة طبقاً للقوانين واللوائح الخاصة بذلك وألا يكون قد حكم عليه مـن المحاكم أو مجالس التأديب لأمر مخل بالشرف ولو كان قد رد إليه اعتباره وأن يكون محمود السيرة حسن السمعة .

وتتحفظ على أموالهم وتشرف على إدارتها إلى غير ذلك .

٢- **رجال القضاء العادي** : نعرض لهؤلاء من حيث شروط تعيينهم وتدرجهم الوظيفي أما اختصاصاتهم فقد عرضنا لها عند دراستنا لجهات القضاء العادي[٩١٥].

أ- شروط التعيين : يتطلب القانون فيمن يعين قاضياً ألا يقل سنه عن ثلاثين سنة إذا كان التعيين بالمحاكم الابتدائية وعن ثمانية وثلاثين سنة إذا كان التعيين بمحاكم الاستئناف وعن ثلاث وأربعين سنة إذا كان التعيين بمحكمة النقض .

ب- التدرج الوظيفي : يتدرج رجل القضاء من قاض إلى رئيس بالمحكمة الابتدائية (فئتان ب و أ) ثم مستشار في محاكم الاستئناف ، وقد يختار مستشاراً بمحكمة النقض . ويعين رئيس محكمة النقض من بين نواب رئيس المحكمة بعد أخذ رأي مجلس القضاء الأعلى أما رؤساء محاكم الاستئناف ونوابها ومستشاريها والرؤساء بالمحاكم الابتدائية والقضاة فيعينون بموافقة مجلس القضاء الأعلى .

جـ- الاختصاصات : إحالة[٩١٦].

ونشير إلى العلاقة الوطيدة التي تربط ما بين النيابة العامة والقضاء العادي بوصفهما شعبتا الهيئة القضائية العادية ، فيتم التبادل بينهما بقيد واحد مقرر لصالح مستشاري محكمة النقض حيث لا ينقل هؤلاء إلى محاكم الاستئناف أو النيابة العامة إلا برضاهم.

ثانياً : رجال مجلس الدولة : يعد مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ، ونبحث في هذا المقام شروط تعيينهم وتدريجهم الوظيفي أما الاختصاصات فقد عرضنا لها سابقاً[٩١٧].

ا - شروط التعيين : يشترط فيمن يعين عضواً في مجلس الدولة بالإضافة إلى الشروط العامة سالفة الذكر[٩١٨] أن يكون المتخرج حاصلاً على دبلومين من دبلومات الدراسات العليا إحداهما في العلوم الإدارية أو القانون العام إذا كان التعيين

---

(٩١٥) انظر سابقاً ص ٢٢٧ .
(٩١٦) انظر سابقاً ص ٢٢٧ وما بعدها .
(٩١٧) انظر سابقاً ص ٢٤٦ وما بعدها .
(٩١٨) انظر سابقاً هامش رقم ٦٠ ص ٢٧٢ .

في وظيفة مندوب[٩١٩].

ب- التدرج الوظيفي : يبدأ التعيين في وظيفة مندوب مساعد ثم مندوب ثم نائب (فئتان ب ، أ) ثم مستشار مساعد ثم مستشار . ويتطلب المشرع فيمن يعين مستشارا بالمحاكم ألا تقل سنه عن ثماني وثلاثين سنة ولا تقل سن من يعين عضوا بالمحاكم الإدارية والتأديبية عن ثلاثين سنة ولا تقل سن من يعين مندوباً مساعداً عن تسع عشرة سنة . ويشترط المشرع فيمن يلحق مستشارا بالمحكمة الإدارية العليا أن يكون قد شغل وظيفة مستشار بمجلس الدولة مدة ثلاث سنوات على الأقل (مادة ٨٢) .

ويلاحظ أن تعيين رئيس مجلس الدولة يتم بقرار من رئيس الجمهورية من بين نواب رئيس المجلس بعد أخذ رأي جمعية عمومية خاصة تشكل من رئيس المجلس ونوابه ووكلائه والمستشارين الذين شغلوا وظيفة مستشار لمدة سنتين .

جـ- الاختصاصات : إحالة[٩٢٠].

ثالثا : رجال هيئة النيابة الإدارية[٩٢١]: تعد النيابة الإدارية هيئة قضائية مستقلة

(٩١٩) كان القانون يشترط في عضوية مجلس الدولة ألا يكون متزوجاً بأجنبية (مادة ٧٣ بند ١) ثم صدر حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٨ من مارس/آذار سنة ١٩٩٥ بعدم دستورية هذا البند لمخالفته للمواد ٩ ،و١٢ ، و١٣، و١٤ ، و٤٠ ، و٤١، و٤٥ من الدستور حيث اختص النص المطعون فيه أعضاء مجلس الدولة بهذا الشرط لغير مصلحة جوهرية ومايز بذلك بينهم وبين غيرهم ممن ينهضون بأعباء الوظيفة القضائية ويتحملون تبعاتها رغم تماثلهم جميعاً في مراكزهم القانونية ، مفتقراً بذلك إلى الأسس الموضوعية التي ينبغي أن يقوم عليها ومقيداً لحقهم في العمل والزواج وحرمة الحياة الخاصة (الجريدة الرسمية ، العدد ١٤ في ٦ من أبريل/نيسان سنة ١٩٩٥ ، ص ٨٥٩ وما بعدها) ، ومع انهيار هذا النص وما كان يرتبط به من استثناء لمن كان متزوجاً من أجنبية عند العمل بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ في شأن تنظيم مجلس الدولة وسلطة استثنائية رئيس الجمهورية تخوله الحق في الأذن بإعفاء من يريد الزواج بعربية من الحظر ، لم يعد هناك محلاً لدراسته في هذه الطبعة الجديدة من الكتاب الماثل .

(٩٢٠) انظر سابقاً ص ٢٦٥ وما بعدها.

(٩٢١) قرار بقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ بشأن إعادة تنظيم النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية بالإقليم المصري (الجريدة الرسمية العدد ٢٤ من أغسطس/ آب سنة ١٩٥٨ المعدل بالقوانين أرقام ٢ لسنة ١٩٥٩ ، ٩١ لسنة ١٩٦٣ ، و١٨٣ لسنة ١٩٦٠ ، و٨٢ لسنة ١٩٦٢ ، و٤٥ لسنة ١٩٦٣ ، و٦٨ لسنة ١٩٦٣ ، و ٢٨ لسنة ١٩٦٨ ، و١٢ لسنة ١٩٨١ ، و١٧١ لسنة ١٩٨١ (المحاماة ، تشريعات الهيئات القضائية ، ملحق العددين الأول والثاني س ٦٧) وقانون ١٢ لسنة ١٩٨٩ (الجريدة الرسمية عدد ١٦ في ٢٠ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٩) ، والقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ (الجريدة الرسمية ، العدد ٤٠ تابع في ٧ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٩٣) ، وقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٩٩ (الجريدة الرسمية ، العدد ١٨ تابع في ٦ من مايو/أيار سنة ١٩٩٩ ص ٣) وقانون

تلحق بوزير العدل .

أ- شروط التعيين : ليست هناك شروط خاصة غيـــر الشـــروط العامـــة[٩٢٢] المتطلبة في كل من يعين عضواً بهيئة قضائية . ونشير إلى أن النيابة الإدارية هي الهيئة القضائية الوحيدة، الآن، التي تقبل تعيين الإناث إلـــى جـــوار الـــذكور فـــي الوظائف القضائية فيها[٩٢٣].

ب- التدرج الوظيفي : تتشكل هيئة النيابة الإدارية من رئيس وعدد كاف مـــن نواب الرئيس والوكلاء العاملين الأول والوكلاء العامين ورؤساء النيابة (فئتان ب و أ) ووكلاء النيابة من الفئة الممتازة ووكلاء النيابة ومساعديها ومعاونيها (مادة ١) .

جـــ- الاختصاصات : تتولى هيئة النيابة الإدارية إقامـــة الـــدعوى التأديبيـــة ومباشرتها أمام المحاكم التأديبية . ولرئيس هذه الهيئة الطعن في أحكـــام المحـــاكم التأديبية . ويلاحظ أن المشرع اشترط أن يباشر الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا أحد أعضاء الهيئة بدرجة رئيس على الأقل (مادة٤).

رابعا : رجال هيئة قضاء الدولة[٩٢٤] : تعتبر هذه الهيئة هيئة قضائية مســـتقلة تلحق بوزير العدل . ونعرض هنا لشـــروط التعيـــين فيهـــا وتـــدرجها الـــوظيفي واختصاصاتها .

رقم ٣ لسنة ٢٠٠٢ (الجريدة الرسمية ، العدد ٣ مكررًا ، في ٢٠ من يناير/كانون الثاني سنة ٢٠٠٢ ، ص٣) .

(٩٢٢) انظر هامش رقم ٥٨ ص ص٢٥٠ : ٢٥١ .

(٩٢٣) قبلت هيئة قضايا الدولة (إدارة قضايا الحكومة في ذلك الوقت) فـــي الســـنوات ٨٢ ، و ٨٣ ، و ٨٤ ، ٨٥ بعض خريجات كلية الحقوق ثم عادت إلى سابق عهدها وباتت لا تعين إلا الـــذكور فـــي وظائفـــها القضائية واستصدرت عدة قرارات بنقل عدد من هؤلاء الخريجات إلى وظائف معادلـــة في هيئة النيابة الإدارية حرصاً منها على انفراد الذكور بوظائف هيئة قضايا الدولة نظـــراً لطبيعـــة العمل فيها التي لا تتلاءم – في تقديرها – مع طبيعة الإناث . (انظر لاحقاً دراستنا لهيئـــة قضـــايا الدولة ص ص ٢٧٤ :٢٧٥) .

(٩٢٤) ينظم الهيئة قرار بقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٣ صادر في ١٢ مـــن أغســـطس/ آب ســـنة ١٩٦٣ المعدل بالقوانين أرقـــام ٣٩ لســـنة ١٩٧٤ و ٦٥ لســـنة ١٩٧٦ و ٦ لســـنة ١٩٨١ (المحامـــاة ، تشريعات الهيئات القضائية ، سابق الإشارة إليه) وتعديله بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨٦ (الجريدة الرسمية العدد ٢٣ في ٥ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨٦) ، والقانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٩٨ (الجريدة الرسمية ، العدد ١٩ مكرر في ٨ من مايو/أيار سنة ١٩٩٨) ، والقـــانون رقـــم ١٨٣ لســـنة ١٩٩٣ (الجريدة الرسمية ، العدد ٤٠ تابع في ٧ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٩٣) والقانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٢ (الجريدة الرسمية ، العدد ٣ مكررًا في يناير/كانون الثاني سنة ٢٠٠٢ ص٣) .

أ- شروط التعيين : يشترط للتعيين في هذه الهيئة بالإضافة إلى الشروط العامة فيمن يعين في الهيئات القضائية[٩٢٥].

ب - التدرج الوظيفي : يتدرج الأعضاء في الهيئة على الوجه الآتي : مندوب مساعد ثم مندوب ثم محام ثم نائب ثم مستشار مساعد (فئتان ب و أ) ثم مستشار . وتتشكل الهيئة بوجه عام من رئيس وعدد كاف من نواب الرئيس والوكلاء والمستشارين المساعدين من الفئتين (ب و أ) والنواب والمحامين والمندوبين المساعدين .

جـ- الاختصاصات : تنوب هذه الهيئة[٩٢٦] عن الدولة بكل شخصياتها الاعتبارية العامة فيما يرفع منها أو عليها من قضايا لدى المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ولدي الجهات الأخرى خولها القانون اختصاصاً قضائياً[٩٢٧] وتسلم إليها صور الإعلانات الخاصة بصحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام المتعلقة بتلك الجهات وما اتصل منها بجهة القضاء العادي أو جهة القضاء الإداري أو هيئة قضاء أخرى (مادة ٦ /١). وحتى تتمكن الهيئة من تحقيق هذا كله أجاز المشرع إنشاء فروع لها في المدن التي يصدر بتحديدها قرار من وزير العدل بناء على اقتراح رئيس الهيئة بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للهيئة (مادة ١/٩).

ونلاحظ بوجه عام أن المشرع أجاز تعيين أعضاء الهيئات القضائية من

---

(٩٢٥) هامش رقم ٣٧ ص ٦٨ ، كان المشرع يتطلب فيمن يعين في هيئة قضائية ألا يكون متزوجاً من أجنبية ، ويجيز لرئيس الجمهورية الإعفاء من هذا الشرط إذا كان الزواج بمن تنتمي بجنسيتها إلى إحدى البلاد العربية (مادة ١٣ / ٥) ، ولا مجال للأخذ بهذا الشرط بعد أن حكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته ، انظر سابقاً هامش رقم ٦٣ ص ٢٥٢ .

(٩٢٦) ولم يورد المشرع ثمة قيود على هذه النيابة ، كما لم يضع تنظيماً معيناً لها إلا ما نص عليه في المادة السابقة من قانونها تاركاً ما عدا ذلك لما يراه الأصيل ونائبه في هذا الشأن حسب مقتضيات الظروف والأحوال ، الأمر الذي يخول الهيئة رفع الدعاوى نيابة عن تلك الجهات دون حاجة إلى طلب أو تفويض خاص منها في كل دعوى على حدة مادام أن هذه الأخيرة لم تعترض على ذلك : طعن رقم ١٨٣١ س ٥٦ ق في ٢ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٠ (غير منشور) . وجدير بالذكر أن الهيئة أصبحت في القانون الحالي لا تنوب عن الهيئة أو المؤسسة أو إحدى الوحدات الاقتصادية لها إلا بناء على تفويض يصدر لها بذلك من مجلس إدارتها : طعن رقم ١٦٣٠ س ٥٨ ق في ٢٦ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٠.

(٩٢٧) ولرئيس الهيئة أو لمن يفوضه أن يتعاقد مع أحد المحامين المقبولين للمرافعة أمام المحاكم في مباشرة دعوى خاصة بإحدى الشخصيات الاعتبارية العامة أمام المحاكم الأجنبية، مادة ٦ / ٢) .

الخارج ، بمعنى أنه اتخذ طريقتين في هذا الشأن وهما التعيين والترقية بقيود معينة[٩٢٨].

المطلب الرابع

معاونو القضاة[٩٢٩]

يمكن أن نميز بين عدد من المعاونين لرجال القضاء بوجه عام ، ونضيف إليهم المحامين على أساس أنهم على رأس هؤلاء المعاونين . فنعرض بالترتيب للمحامين، والخبراء وأمناء السر، والكتبة والمحضرون والمترجمون . ونشير إلى أن التنظيم التفصيلي للأخيرين سيكون في ضوء معاونتهم للقاضي المعاني الضيق أي لرجل النيابة والقضاء لعدم وجود تنظيم تفصيلي مماثل لهم في قوانين الهيئات القضائية الأخرى :

أولاً : المحامون (Les Avocats) [٩٣٠]: نعرض هنا[٩٣١] لشروط الاشتغال بالمحاماة ولتدرجهم المهني[٩٣٢]:

---

(٩٢٨) انظر مثلا المواد ٣٩ ، و ٤٠ ، و ٤٢ ، و ٤٤ ، و ١١٦ ، و ١١٧ ، و ١١٨ ، من قانون السلطة القضائية سابق الإشارة إليه والمواد ٧٥ ، و ٧٦ ، و ٧٧ ،و ٧٨ ، و ٧٩ ، و ٨٠ ، و ٨١ ، من قانون مجلس الدولة سابق الإشارة إليه والمادة ٣٤ من قانون هيئة النيابة الإدارية والمادتين ١٦ ، و ١٧ ، من قانون هيئة قضايا الدولة.

(٩٢٩) ينصرف معنى هذه الكلمة إلى كل عضو بهيئة قضائية على النحو الذي قدمناه وإن كانت كلمة "قاض" ترتبط في أذهان العامة بالقاضي العادي دون غيره وقد جعل القانون لكل هيئة قضائية عدداً من المعاونين (المواد ١٣١ وما بعدها من قانون السلطة القضائية و ١٢٦ وما بعدها من قانون هيئة النيابة الإدارية و ٣٣ من قانون قضايا الدولة . ونعرض هنا للمعاونين بوجه عام بما فيهم رجال القضاء الواقف أي المحامين .

(٩٣٠) "ولئن كان على القضاة مشقة في البحث للمقارنة والمناضلة والترجيح فإن على المحامين مشقة كبرى في البحث للإبداع والإبداء والتأسيس ، وليت شعري أية المشقتين أبلغ عناءً وأشد نصباً ! ..... لأن المبدع غير المرجح" : كلمة المستشار عبد العزيز فهمي باشا رئيس محكمة النقض في جلسة افتتاح المحكمة سنة١٣٥٠ هـ / ١٩٣١م : سابق الإشارة إليها سابقاً ص ٢٣٠ هامش ١٨ .

(٩٣١) انظر في تفصيل ذلك الزميل الدكتور محمد نور شحاتة ، استقلال المحاماة وحقوق الإنسان (دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٧) .

(٩٣٢) القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل بالقانون رقم ٢٢٧ لسنة ١٩٨٤ : تحظر المادة ٥١ / ١ من هذا القانون على من ولي الوزارة أو شغل منصب مستشار بإحدى الهيئات القضائية وأساتذة القانون بالجامعات المصرية أن يمارس المحاماة إلا أمام محاكم معينة ، وقد حكم بأنه ليس من شأن مخالفة ذلك إلا استهداف العمل للبطلان .. أما الوكالة التي يزاولها المحامي بالمخالفة لحكم القانون سالف الذكر فإنها تنعقد صحيحة وترتب آثارها القانونية فيما بين أطرافها ومنها حق المحامي في تقاضي أتعاب عما قام به من أعمال تنفيذاً لعقد الوكالة : نقض مدني ، ١٢ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٢ طعن رقم ٢٩٥٧ س ٥٧ ق غير منشور .

١- **شروط الاشتغال** : يستلزم المشرع فيمن يقيد بجدول المحامين شروطاً هامة هي : أن يكون متمتعاً بالجنسية المصرية أو بجنسية أية دولة عربية بشرط المعاملة بالمثل ، وأن يكون حاصلاً على ليسانس الحقوق في إحدى كليات الحقوق المصرية أو شهادة معادلة لها وأن ينجح في الحالة الأخيرة في امتحان المعادلة طبقاً للقوانين واللوائح الخاصة بذلك ، وأن يكون متمتعاً بالأهلية الكاملة وأن يكون محمود السيرة وحسن السمعة وأهلاً للاحترام الواجب للمهنة وألا تكون صدرت ضده أحكام جنائية أو تأديبية أو اعتزال وظيفته أو مهنته وألا يكون قد سبق صدور حكم عليه في جناية أو أجنحة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الأخلاق ما لم يكن قد رد إليه اعتباره ، وأخيراً ألا يتجاوز الخمسين من عمره إلا إذا كان قد سبق له الاشتغال بالقضاء أو النيابة العامة أو الإدارية أو بالأعمال القضائية أو الفنية بمجلس الدولة أو بهيئة قضايا الدولة أو بهيئة التدريس بالجامعات.

٢- **التدرج المهني** : يتدرج المحامي المشتغل في المحاماة على النحو الآتي : محاكم الدرجة الأولي ، ثم محاكم الاستئناف فمحكمة النقض والإدارية العليا.

ثانياً : الخبراء (Les experts) : ويقصد بهم أصحاب الخبرة الفنية المقيدون بكل محكمة استئناف أو محكمة ابتدائية ، ويشترط في كل منهم عدة شروط منها تمتعه بالجنسية المصرية، وعدم الحكم عليه بأحكام ماسة بالشرف أو بحكم جنائي ، واللياقة الطبية والحصول على دبلومات دراسية تدل على المؤهلات الفنية اللازمة للقسم الذي يطلب قيد اسمه فيه.

ثالثا : الكتبة (Les experts) : هم موظفون عموميون يوجدون بمكتب في كل محكمة يحمل اسم قلم الكتاب ويعينون طبقاً للشروط العامة للتوظيف بالدولة بعد المرور بامتحان معين . ويعد الكتبة (وهم أمناء السر من حملة ليسانس الحقوق) جزءاً من تشكيل المحكمة وهم الذين يحررون مسودة الحكم الأصلية ويوقعون عليها وعلي صور الحكم ويحتفظون بملفات الدعاوى والوثائق والمستندات وسجلات الحكومة ويستخرجون الصور والشهادات . كما أن محلهم يعد محلاً احتياطياً للخصوم يعلنون فيه بالأوراق والإجراءات القضائية أحياناً (مادة ٢١ من قانون المرافعات) ، كما جعل المشرع جعل الإعلان الذي يتم للخصم إليهم إعلاناً حقيقياً باعتبار أن مكاتبهم محلاً مختاراً لمن لم يحدد محلاً له من الخصوم .

ولعل هذه الاختصاصات الكثيرة والمتشعبة هي التي جعلت المشرع ينص على

جواز تعيين من يظهر كفاية ممتازة منهم في عمله في وظيفة معاون نيابة عامة .

رابعا : المحضرون (Les Huissiers) : لكل محكمة ابتدائية كبير للمحضرين وعدد كاف منهم ، ويختص رئيس المحكمة الابتدائية بتحديد محل عمل المحضرين ونقلهم وندبهم داخل دائرة المحكمة وكذلك تعيين المحضرين الأول بالمحاكم .

ويقوم المحضرون بإعلان الأوراق القضائية على اختلاف أنواعها وتنفيذ الأحكام والمستندات الرسمية ، ونظراً لعدم وجود قلم محضرين في محاكم النقض والاستئناف يقوم بهذا العمل محضرو المحاكم الجزئية كل من دائرة اختصاصه(٩٣٣).

خامسا : المترجمون (Les Traducteurs) : نص قانون السلطة القضائية على إلحاق عدد كاف من المترجمين بكل محكمة تحسباً للأحوال التي يضطر فيها رجل القضاء إلى الاستعانة بهم لسؤال شاهد أجنبي أو ترجمة مستندات . وإن كان طريق الندب مفتوحاً أمام رجال المحاكم والنيابة العامة لندب من يشاءون من أهل الخبرة للقيام بذلك (٩٣٤) .

---

(٩٣٣) يعين حملة ليسانس الحقوق في وظيفة معاون قضائي للتنفيذ وهو منصب لا يصل إليه المحضر العادي إلا بعد شغله وظيفة محضر لمدة سنتين على الأقل ونجاحه في الامتحان الذي يعد لهذا الغرض بالإضافة إلى حسن الشهادة في حقه . أما المحضر نفسه فيشترط في تعيينه ما يشترط في تعيين الكتبة.

(٩٣٤) يجدر بالنيابة العامة والقضاة اللجوء إلى الاستعانة بالمترجمين ، ولو كانوا يجيدون اللغة الأجنبية المستخدمة حتى لا ينال من أحد منه بالقول بقصد التشكيك في نزاهته التي يجب أن تكون فوق كل شئ .

المبحث الثاني
التطبيق المكاني للقانون

يتنازع التطبيق المكاني للقانون مبدأين وهما إقليمية القوانين وشخصية القوانين، ومفاد الأول تطبيق القانون على من يوجد على أرض الدولة أما الثاني فينصـرف إلى تتبع القانون لرعايا الدولة أينما وجدوا . ولا تستطيع دولة أن تأخذ بأحد هذين المبدأين دون الأخر بل تأخذ بهما معاً بدرجات متفاوتة وفقاً لمصلحتها (٩٣٥).وندرس هنا كل من هذين المبدأين بشيء من التفصيل ثم نبين موقف المشرع الحديث منهما متخذين من المشرع المصري مثالاً في هذا الشأن:

١- **مبدأ إقليمية القوانين** (Principe de la territorialité des lois) : نقصد بهذا المبدأ سريان القانون الوطني على كل من يتواجد على إقليم الدولة التي أصدرته سواء أكان من الوطنيين أم من الأجانب. فإذا غادر الشخص إقليم الدولة انسحب سلطانها وبسط مشروع الدولة الجديدة التي ذهب إليها سلطانه عليه احتراماً لمبدأ السيادة التشريعية لكل دولة على أرضها (٩٣٦) ، فيأبى بذلك مبدأ الإقليمية أن يتدخل المشرع الوطني في دولة معينة في أمور دولة أخرى .

٢- **مبدأ شخصية القوانين** (Principe de la personnalité des lois) : نعني بهذا المبدأ سريان قانون الدولة على رعاياها أيا كان مكانهم ، فيحمل كل منهم قانونه على ظهره أينما حل بعد رحيله من الوطن . ومقتضى إعمال هذا المبدأ عدم تطبيق الدولة لقانونها على الأجانب الموجودين على أرضها احتراماً للقانون الوطني واجب التطبيق .

٣- **موقف المشرع الحديث** : المثال المصري : يحدث نتيجة تواجد هذين المبدأين تنازعاً أو تضارباً بين القوانين فتتمسك كل دولة بإعمال قانونها ، وهنا نتساءل عن القانون الواجب التطبيق ؟

---

(٩٣٥) فلو حدث ذلك لامتنع التنازع : مرقس رقم ١١١ ص ٣١٧.

(٩٣٦) فكان من سمات الدولة أن تكون قوانينها محدودة المجال وهذا هو ما يميز القانون عن القواعد الاجتماعية الأخرى كالأخلاق وقواعد القانون الدولي التي تكون سارية المفعول حينما يوجد الإنسان: حجازي رقم ٥٦٧ ص ٦٧٨.

في البداية كانت المشكلة محدودة ومقصورة على الحالات النادرة التـــي كـــان يتحمل الشخص فيها مشقة السفر والحلول في دولة أجنبية ، ومع التطور وازدهار التجارة الدولة [٩٣٧] أصبحت وسائل المواصلات ميسورة وسريعة [٩٣٨] وأصـــبح العالم كله كما يقال قرية كبيرة ، إن لم يكن وحدة سكنية كبيرة ، فقد شاع الترحال بحثاً عن الرزق وحباً في المغامرة مما جعل التنازع بين مبدأي الشخصية والإقليمية مشكلة دارجة الحدوث [٩٣٩] . وهذا هو ما دفع أنصار كل من هذين المبدأين إلـــى التخلي عن الجمود والتحلي بالمرونة عند تطبيقهما [٩٤٠] .

فقبل أنصار مبدأ الشخصية تطبيق القوانين على الأجانب الموجـــودين علـــى أرض الدولة أسوة بالوطنيين في نطاق محدد . وأيد أنصار مبدأ الإقليمية تطبيـــق قوانين الدول الأجنبية على رعايا هذه الدول أينما وجدوا في حدود معينة .

والملاحظ الآن في المجتمع المعاصر أن مبدأ الإقليمية أصبح هو الأصل العام في حل مشكلة تنازع القوانين ، أما مبدأ الشخصية فيعتبر بمثابة استثناء على هـــذا الأصل العام . وحتى يتضح المعنى المقصود نعرض للحال في مصر عبر التاريخ ثم في ظل القانون الحالي .

أ- التطور التاريخي في مصر : نميز بين الموقف في مصر قبل إنشـــاء المحـــاكم المختلطة في يونيه/حزيران سنة ١٨٧٥م ثم بعد إنشائها ثم بعد إلغاء الامتيازات الأجنبية في مصر سنة ١٩٧٣م ثم أخيراً نبين الموقف الحالي في القوانين المختلفة.

(١) الموقف قبل إنشاء المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥ م : كان يطبق في مصر نوعين من القوانين : قوانين أجنبية تطبقها المحاكم القنصلية على رعاياها الأجانب احتراماً لما للأجانب من امتيازات (Les capitulations étrangerès) تحـــول بـــين القضاء وبين تطبيق القانون الوطني كقاعدة عامة مع هؤلاء الرعايا[٩٤١]، وقـــوانين

(٩٣٧) حسن ص ٢١٩.

(٩٣٨) صفوت ص ١٩٧.

(٩٣٩) عبد الباقي رقم ٦٥ ص ٢٦٦ .

(٩٤٠) رياض وراشد ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، رقم ٨٧ ص ٩٤ وما بعدها .

(٩٤١) كانت الامتيازات تقضي بأن التشريع المصري لا يطبق على الأجانب إلا إذا وافقت عليه الـــدول صاحبة الامتيازات وكانت تقضي كذلك بأن الأجنبي لا يتقاضى ولا يحاكم أمام محكمة مصرية ، بل كانت قنصليته هي المختصة في المسائل الجنائية ومسائل الأحوال الشخصـــية والمســـائل المدنيـــة والمسائل التجارية ، فإذا اختلفت جنسية الخصوم تكون قنصلية المدعي عليه هي المختصة فالقـــانون كان إذن شخصي التطبيق : السنهوري وأبو ستيت رقم ١٦٥ ص ٢١١.

وطنية تطبقها المحاكم المصرية على الوطنيين . ولم تكن القوانين الوطنية واحدة في مسائل الأحوال الشخصية ، فكانت شريعة الإسلام تطبق على المسلمين ، وشرائع الطوائف المسيحية واليهودية تطبق على غير المسلمين كل بحسب ديانته . وهذا كله أدي إلى فوضي قانونية وقضائية لا مثيل لها مما جعل التغيير ضرورة حتمية[٩٤٢] .

(٢) الموقف بعد إنشاء المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥ م : استعادت مصر – في عهد الخديوي إسماعيل – بعد إنشاء هذه المحاكم سيادتها التشريعية الإقليمية بصورة جزئية فطبقت تقنينات مصرية مختلطة على الأجانب بمعرفة محاكم مصرية مختلطة، وتقنينات مصرية أهلية على المصريين بمعرفة محاكم مصرية أهلية فيما يتعلق بالأموال وبعض المسائل الجنائية ، وظل الحال على ما كان عليه قبل سنة ١٨٧٥ بشأن الأشخاص وباقي المسائل الجنائية ، ونلاحظ أن القضاء المختلط قد وسع في مفهوم الأجنبي ليشمل أي أجنبي ولو لم يكن من رعايا الدولة صاحبة الامتيازات ، وأخذ بنظرية الصالح المختلط (Intérêt Mixte) حتى يتسنى له الاختصاص بالدعاوى التي يكون فيها مجرد مصلحة لأجنبي ولو لم يكن طرفاً فيها[٩٤٣].

(٣) الموقف بعد إلغاء الامتيازات الأجنبية سنة ١٩٣٧ م : تحققت لمصر السيادة التشريعية الكاملة على كل النزاعات بغض النظر عن جنسية أطرافها بموجب اتفاقية مونترو (Montreux) الموقعة سنة ١٩٣٧ م والتي ألغيت بمقتضاها الامتيازات الأجنبية في مصر اعتباراً من ١٤ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٣٧ م . وقد انتهز المشرع المصري هذه الفرصة فأعد في الفترة الانتقالية التي سبقت إلغاء المحاكم المتخصصة من سنة ١٩٣٧ م إلى سنة ١٩٤٩م مجموعات موحدة للقوانين يطبقها القضاء الأهلي والمختلط في آن واحد . مع ذلك فلم ينل هذا التوحيد من الازدواجية في مسائل الأحوال الشخصية بل إن هذه الازدواجية أصبحت مع صدور القانون رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٥٥م ازدواجية تشريعية وقضائية . فأصبح القاضي العادي يتولى الفصل في كل مسائل الأحوال الشخصية وفقاً لأحكام كل طائفة [٩٤٤] .

---

(٩٤٢) مرقس رقم ١١٧ ص ٣٢١ .

(٩٤٣) جلال إبراهيم رقم ٢٣٥ ص ص ٤٤٦ : ٤٤٧ .

(٩٤٤) انظر سابقاً دراستنا للدين كمصدر رئيسي احتياطي للتشريع ص ١٨٣ وما بعدها .

وجدير بالذكر أن اختلاف المذهب والطائفة بين الأطراف يعقد الاختصاص لأحكام الشريعة الإسلامية كما أن أحكام هذه الشريعة الأخيرة تطبق وحدها أيا كانت ديانة الأطراف في الكثير من المسائل مثل الأهلية والولاية على المال والوصاية والقوامة والحجر والإذن بالإدارة والغيبة والفقد .

ولم يكف الفقه عن التنديد بهذه الازدواجية [٩٤٥] والمطالبة بإعمال ما صرح به المشرع في مذكرته الإيضاحية للقانون رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٥٥ من أنه لا يكفي لاستقرار الحقوق وتحقيق العدالة المنشودة أن تقضي محكمة واحدة في المنازعة بل يتعين أيضاً أن يكون الحكم فيها وفق قاعدة موحدة تصدر عن السلطة التشريعية معبرة عن إرادة الأمة ومستهدفة مصالح المجتمع ويتساوى الجميع أمامها ا. ومفاد ذلك أن خطاب القاعدة التشريعية يجب أن يكون موجهاً للوطنيين جميعاً دون تفرقة بينهم بحسب الدين والطائفة ، والقول بغير ذلك لا ينتقص من كمال التطبيق الإقليمي للقانون فحسب بل ينتقض من الوحدة الوطنية في أسمى مظاهرها[٩٤٦].

ب- الوضع الحالي في القوانين المختلفة : يتضح لنا من العرض السابق أن المشرع المصري اتخذ من الإقليمية مبدأ أساسياً في تأسيس نظامه القانوني [٩٤٧] . مع ذلك فإن دراسة القوانين المختلفة المطبقة في مصر تكشف عن وجود استثناءات على هذا المبدأ وهذا ما سنوضحه باستعراض أهم التطبيقات التشريعية في هذا الشأن :

(١) القانون العام : نستعرض في هذا المقام موقف المشرع المصري الحالي من تطبيق القانون من حيث الزمان في فروع القانون العام المختلفة :

(أ) القانون الدستوري : يتمتع مبدأ الإقليمية بمكانه عظمى في ظل القانون الدستوري ، فتطبق أغلب قواعده تطبيقاً كاملاً وأهم هذه القواعد هي تلك المتعلقة بشكل الدولة وسلطاتها. على العكس تطبق الحقوق والواجبات التي يتمتع بها الأفراد مثل الحق في تولي الوظائف العامة والانتخاب والترشيح في المجالس النيابية وأداء الخدمة العسكرية تطبيقاً شخصياً وليس إقليمياً في حدود معينة [٩٤٨] فيلاحق القانون المصري الوطنيين خارج الدولة في هذه الأمور كلها [٩٤٩].

---

(٩٤٥) مثال ذلك : الإهواني رقم ٣٥٣ ص ٣١٠ وما بعدها .

(٩٤٦) كيره رقم ١٧٨ ص ص ٣٢٦ : ٣٢٧ وزكي رقم ١٣٥ ص ٢١٩.

(٩٤٧) تناغو رقم ١٩٥ ص ٦٣٩ .

(٩٤٨) يحيى ص ١٤٩ .

(٩٤٩) تناغو رقم ١٩٨ ص ص ٦٤٤ : ٦٤٥ .

(ب) القانون الإداري : تطبق قواعد هذا القانون المتعلقـة ببيـان الأشـخاص والهيئات المباشرة للسلطة التنفيذية وتحديد لأحكام العلاقة بين هذه السلطة وموظفيها تطبيقاً إقليمياً صارماً . ولا ينال من ذلك تضمن هـذا القـانون لأحكـام خاصـة بالموظفين الأجانب لأن مصدر هذه الأحكام هو التشريع الوطني [٩٥٠].

(ج) القانون المـالي : يطبق القانون المالي أو الضريبي في مصر على كل من يباشر – كقاعدة عامة – نشاطاً خاضعاً لضريبة معينة في مصر مـا لـم يـنص القانون على غير ذلك .

ونؤكد أن القوانين الحالية تتضمن عدة إعفاءات خاصة بالأجانب لاعتبـارات متعلقة بالصالح العام أو بالمجاملة الدولية [٩٥١] .

(د) قانونا الإجراءات الجنائية والسلطة القضـائية : تطبـق أحكـام هـذين القانونين المتعلقة بسير الإجراءات أمام القضاء الجنائي سواء تعلقـت بالتقاضـي نفسه أو بتنفيذ ما يصدر عن هذا القضاء من أحكام أو بتنظيم السـلطة القضـائية تطبيقاً إقليمياً على الموجودين على الإقليم دون تفرقة أو تمييز .

(هـ) قانون العقوبات : الأصل في ظل هذا القانون سيادة مبدأ الإقليمية وفقاً للمادة الأولي الواردة منه ، فأحكامه تسري على كل من يرتكب في القطر المصـري جريمـة من الجرائم المنصوص عليها فيه لكونه قانوناً جزائياً «له نظام قـانوني مسـتقل عـن غيره[٩٥٢] من النظم القانونية الأخرى وله أهدافه الذاتية إذ يرمي من وراء العـاب إلـى الدفاع عن أمن الدولة ومهمته الأساسية حماية المصالح الجوهرية فيها فهو ليس مجـرد نظام قانوني تقتصر وظيفته على خدمة الأهداف التي تعني بها تلك النظم» [٩٥٣].

---

(٩٥٠) سلامة رقم ٩٨ ص ٢٢٢ والوكيل رقم ١٢٨ ص ٢١٦ .

(٩٥١) الوكيل رقم ١٢٨ ص ٢١٦ .

(٩٥٢) نقض جنائى، ٦ من مارس/آذار سنة ١٩٧٢ ، مجموعة المكتـب الفنـى، س ٢٣ رقـم ٧٠ ص ٣٠١.

(٩٥٣) تطبيقا لذلك يعاقب بمقتضى أحكام القانون المصري كل من ارتكب من خارج القطر فعلا يجعلـه فاعلاً أو شريكاً في جريمة وقعت كلها أو بعضها في الإقليم المصري (مادة ٢ / أولا) (انظر في التأكيد على أن هذا النص ليس استثناءً على مبدأ الإقليمية أستاذنا الدكتور محمود نجيـب حسـني. شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، دار النهضة العربيـة سـنة ١٩٧٧ ، رقـم ١١٧ ص ١٣٦ : ١٣٧) ويلاحظ أن هذا النص لا يسري على من يشترك وهو داخل القطر في جريمة تقع خارجه لأن شرط العقاب هو أن تكون الجريمة الأصلية وقعت داخل القطـر (نقـض جنـائي فـي ٢٢ مـن ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩١٣ ، المجموعة الرسمية ، س ١٤ ، العـدد ١٥ مشـار إليـه لـدى

وينطبق القانون العقابي المصري ولو كان قد وقع جزء يسير من الركن المادي لأية جريمة في الإقليم البري أو الجوي أو المائي للدولة .

مع ذلك فقد خرج المشرع على مبدأ الإقليمية وتبني مبدأين أخريين وهما مبدأ الشخصية ومبدأ العينية :

١ – **تطبيقات مبدأ الشخصية** : يقصد بهذا المبدأ – كما قلنا في السابق – تطبيق النصوص الجنائية على كل من يحمل جنسية الدولة ولو ارتكب الفعل الإجرامي المؤثم خارج إقليمها (الوجه الإيجابي للمبدأ) وعلي كل جريمة يكون المجني عليه فيها (الوجه السلبي للمبدأ).ولا يعرف المشرع المصري سوي الوجه الإيجابي لمبدأ الشخصية (٩٥٤) . بل إنه لا يعرف سوي تطبيق واحد لهذا الوجه الإيجابي ورد ضمن المادة الثالثة من قانون العقوبات التي نصت على أن كل مصري ارتكب وهو خارج القطر فعلاً يعتبر جناية أو جنحة في هذا القانون يعاقب بمقتضاه إذا عاد إلى القطر وكان الفعل معاقباً عليه بمقتضى قانون البلد الذي ارتكبه فيه (٩٥٥)

٢ – **تطبيقات مبدأ العينية** : يقصد بمبدأ العينية تطبيق النصوص الجنائية على كل فعل مؤثم تشريعيا لمساسه بمصلحة أساسية للدولة ، وهذه التطبيقات هي :

ا- **الجنايات – دون الجنح** (٩٥٦)– المخلة بأمن الحكومة : وهذه الجنايات نوعان : نوع مخل بأمنها من جهة الداخل وآخر مخل بأمنها من جهة الخارج . ومثال الأولي الشروع بالقوة في قلب دستور الدولة أو شكل الحكومة أو قيادة عصابات مسلحة بقصد اغتصاب أراضي الدولة، أما الثانية فمثالها إلقاء الدسائس إلى دولة أجنبية وتسهيل دخول العدو إلى البلاد .

ب – **الجنايات المتمثلة في تقليد شئ من الأشياء الآتية** :أمر جمهوري وقانون أو مرسوم أو قرار صادر من الحكومة أو خاتم الدولة أو إمضاء رئيس

المستشار محمد رفيق البسطويسي وأنور طلبة ، قانون العقوبات في ضوء أحكام النقض ، نادي القضاء بالقاهرة سنة ١٩٨٠ ص ١٠٦) .

(٩٥٤) حسني رقم ١٢٨ ص ص١٤٣ : ١٤٥ .

(٩٥٥) يلتزم قاضي الموضوع من التحقق من تجريم القانون الخاص بالبلد الذي ارتكب فيه الفعل لما صدر من المصري : نقض جنائي ، ١٧ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٦٢، مجموعة المكتب الفني ، س ١٣ رقم ٢٠٤ ص ٨٤٦ .

(٩٥٦) حسني رقم ١٢٥ ص ١٤٢ .

الجمهورية أو ختمه ، أو أختام أو تمغات أو علامات إحدى المصالح أو إحدى جهات الحكومة أو ختم أو إمضاء أو علامة أحد موظفي الحكومة ، أو أوراق مرتبات أو بونات أو سراكي أو سندات أخرى صادرة من خزانة الحكومة أو فروعها أو تمغات الذهب أو الفضة . وتنسحب العقوبة المقررة لهذه الأفعال على كل من قلد أو زور شيئا سواء من هذه الأشياء سواء بنفسه أو بوساطة غيره وكذا كل من استعمل هذه الأشياء أو أدخلها في البلاد المصرية مع علمه بتقليدها أو تزويرها (مادة ٢٠٦ من قانون العقوبات) .

ج – الجنايات المتمثلة في التقليد أو التزييف أو بأية كيفية عملة ورقية أو معدنية متداولة قانوناً في مصر أو في الخارج (مادة ٢٠٢ من قانون العقوبات) . وأوضح المشرع أنه يعتبر تزييفاً انتقاص شئ من معدن العملة أو طلاؤها بطلاء يجعلها شبيهة بعملة أخرى أكثر منها قيمة ، ويعتبر في حكم العملة الورقية أوراق البنكنوت المأذون بإصدارها قانوناً . وتنطبق العقوبة المقررة لهذه الجنايات على كل من قام بفعل من هذه الأفعال في مصر أو في الخارج .

ويلاحظ بوجه عام أن الحصانات(٩٥٧) التي يتمتع بها البعض ليست استثناءً على مبدأ إقليمية قانون العقوبات ، فهي ليست بمثابة ، إعفاء من الخضوع لأوامر الشارع ونواهيه (٩٥٨) ، بل هي ، كما قيل بحق ، مجرد مانع إجرائي يحول دون اتخاذ الإجراءات ضد شخص معين بصدد فعل يعد جريمة(٩٥٩).

(٢) القانون الخاص : يرتبط هذا القانون بالأفراد وليس بسيادة الدولة كما أوضحنا عند التفرقة بين القانون العام والخاص (٩٦٠) وقد ترتب على ذلك شغل مبدأ

---

(٩٥٧) يتمتع بهذه الحصانة : أعضاء مجلس الشعب بشأن ما يبدونه من الأفكار والآراء في أعمالهم في المجلس أو في لجانه ، ولرؤساء الدول الأجنبية وأفراد أسرهم وحاشيتهم بشأن كل الأفعال التي تصدر عنهم ، ورجال السلك السياسي والأجنبي بشأن كل أفعالهم ولو لم تتعلق بعملهم ويستفيد كذلك من هذه الحصانة جميع موظفي الوكالة السياسية وخدمها بشرط ألا يحملوا جنسية الدولة التي يعملون في إقليمها وأعضاء البعثات السياسية الخاصة وممثلو هيئات الأمم المتحدة وجامعة الدول العربية ، أما رجال السلك القنصلي فحصانتهم محدودة بما يرتكبه القنصل من أفعال أثناء أدائه وظيفته أو بسببها ورجال القوات الحربية الأجنبية الذين يرابطون في إقليم الدولة بترخيص منها بشأن ما يرتكبونه من أفعال أثناء أدائهم لأعمالهم أو في داخل المناطق المخصصة لهم (حسني رقم ١٢٣ ص ص١٣٩ : ١٤١) .

(٩٥٨) حكم بأنه وإن كان العرف الدولي يقضي بوجوب معاونة الأجنبي المتمتع بالحصانة الدبلوماسية للسلطات الإقليمية فإن الأمر متروك للأجنبي نفسه لاختيار الوسيلة المناسبة للإدلاء بمعلوماته (نقض جنائي ٩ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٧ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٨ ص ٤٢٢) .

(٩٥٩) انظر في بيان ذلك كله حسني رقم ١٢٢ ص ١٣٣.

(٩٦٠) انظر دراستنا السابقة لمعايير التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ص ٤٦ وما بعدها .

الشخصية لمكانة متميزة داخل فروعه المختلفة وهذا ما نوضحه على النحو الآتي:

(أ) القانون المدني والقانون الدولي الخاص : يقبل المشرع المدني سريان القانون الأجنبي في مسائل معينة على الأراضي المصرية (المواد ١:٢٨) وتتعلق أهم هذه المسائل بالآتي: الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم (مادة ١٠) ، والزواج والطلاق (مادة ١٢: ١٤) والنفقة فيما بين الأقارب (مادة ١٥) والمسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجوزين والغائبين (مادة ١٦) ، والميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت (مادة ١٧) ، والحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى (مادة ١٨) والالتزامات غير التعاقدية (مادة ٢٢) .

في كل هذه الحالات نص المشرع على قواعد إسناد ، أي على قواعد تشريعية تسند حكم هذه العلاقات ذات الطابع الأجنبي إلى قانون معين [٩٦١] وجعل المشرع هذا كله مرهونا بعدة قيود أهمها :

– عدم سريان أحكام قواعد التنازع السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في مصر (مادة ٢٣) .

– إذا ظهر من الأحكام السابقة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع ، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها (مادة ٢٦) .

– إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق ، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية ، دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص (مادة ٢٧) .

---

(٩٦١) يعتبر قضاء النقض القانون الأجنبي واقعة مادية يلتزم الخصوم بإثباتها ، ولكن المحكمة تبسط رقابتها على تطبيق وتفسير هذا القانون الأجنبي عقب ذلك (نقض مدني : ١٤ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٥٤ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٥ ص ٤٢٦ و ٢٥ من فبراير/شباط سنة ١٩٥٤ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٥ ص ٥٦١ ، و٢ من أبريل/نيسان سنة ١٩٥٩ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٠ ص ٣٣١ و ١٩ من مارس/آذار سنة ١٩٦٤ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٥ ص ٣٧٢ و ١٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٥ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٦ ص ٣٦) . والمرجع في تحديد ما يدخل في مسائل الموضوع فلا يخضع للرقابة وما لا يدخل فيها ويخضع لها هو ما استقر عليه العمل في الدولة الأجنبية التي ينتسب إليها القانون (نقض مدني في ٨ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٥٣ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٤ رقم ٥٠ ص ٣٤٩) .

– إذا كانت أحكام القانون الأجنبي الذي تعينه النصوص الخاصة مخالفة للنظام العام والآداب في مصر ، فلا تطبق أحكامه . (مادة ٢٨) (٩٦٢) .

(ب) قانون الأحوال الشخصية : استوجبت العدالة والمنطق منذ نشأة قواعد تنازع القوانين إخضاع مسائل الأحوال الشخصية ، كما أوضحنا عاليه ، لقانون الجنسية لإيجاد نوع من الاستقرار في هذا الشأن فلا يتغير هذا القانون بتغير موطن الشخص المعنى (٩٦٣) .

(ج) قانون المرافعات المدنية والتجارية : تتعلق أحكام هذا القانون الإجرائي بالنظام العام وتطبق تطبيقاً إقليمياً على الكافة .

(د) القانون الزراعي : ينطبق هذا القانون على كل المقيمين على أرض مصر. وتجدر الإشارة إلى أن القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ حرم على الأجانب منذ نفاذه تملك الأراضي الزراعية سواء عن طريق التعاقد أو عن غير هذا الطريق كقاعدة عامة ، وجاءت المادة ١١ من القانون نفسه تجيز تملك الأجنبي للأرض الزراعية بالميراث أو الوصية وتخول الحكومة الحق في الاستيلاء عليها نظير تعويض (٩٦٤) عادل .

في كل هذه الحالات نجد أن المشرع جعل من إقليمية القانون الأصل وشخصيته هي الاستثناء مؤكدا بذلك أنه يتبنى الاتجاه الحديث في التشريع .

---

(٩٦٢) نقض مدني في ١٩ يناير/كانون الثاني سنة ١٩٧٧ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٨ رقم ٥٨ ص ٢٧٦ ، ويلاحظ أنه في مسائل المواريث والوصايا لم تجد محكمة النقض من اختلاف أحكام القانون الأجنبي واجب التطبيق عن أحكام القانون الوطني موجبا لاستبعاد تطبيقه إذا كان هذا الخلاف متعلقا بتحديد القدر الذي تجوز فيه الوصية لغير المسلمين (نقض مدني في ٢٦ من يوليو/تموز سنة ١٩٦٧ ، مجموعة المكتب الفني س ١٨ ص ١٤٩٣) أو بطريقة الانتفاع بالموصي به أو بترتيب الموصي لهم بحق الانتفاع (نقض مدني في ١٩ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٧٧ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٨ ص ٢٧٦) ، أما إذا كان المتوفي والخصوم المتنازعين من المسلمين انطبقت أحكام الشريعة الإسلامية دون سواها (نقض مدني في ٢٧ من مايو/أيار سنة ١٩٦٤ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٥ ص ٧٢٧) . كذلك لم تجد المحكمة في اختلاف أحكام القانون الوطني بصدد الشرط المانع من التصرف عن أحكام القانون الأجنبي مخالفة للنظام العام والآداب في مصر : نقض مدني (أحوال شخصية) في ١٢من فبراير/شباط سنة ١٩٧٥ مجموعة المكتب الفني، س٢٦ رقم ٧٧ص ٣٦٤ .

(٩٦٣) رياض وراشد ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، رقم ٢٥٢ ص ٢٦٧ وما بعدهما .

(٩٦٤) انظر في تفصيل ذلك الأستاذ الدكتور سمير كامل ، القانون الزراعي ، القاهرة سنة ١٩٨٧ : ١٩٨٨ ص ص٣١ : ٣٥ .

المبحث الثالث
التطبيق الزماني للقانون

يطبق القانون خلال فترة معينة هي فترة حياته التشريعية أي الفترة الواقعة بين صدوره وإلغائه . ومفاد ذلك أن الوقائع التي تسبق الإصدار أو تلحق الإلغاء لا تثور مشكلة انطباقه عليها .

ويحكم هذه المسألة مبدأين وهما : انطباق القانون على الماضي وهو ما يعرف برجعية القوانين [٩٦٥] (Rétroactivité des lois) وانطباق القانون على العلاقة التي تنشأ في ظله بأثر فوري ومباشر (Effet immédiat de la loi) .

مع ذلك تظهر مشكلة عند صدور قانون معين ناسخا لتشريع سابق ، فيثور التساؤل حول القانون الذي يحكم العلاقات القانونية التي نشأت في ظل القانون القديم وما زالت مستمرة حتى صدور القانون الجديد : هل يحكمها القانون القديم فيطبق بأثر رجعي أو القانون الجديد فيطبق بأثر فوري ومباشر ؟

وحتى تتضح أبعاد المشكلة نضرب عدة أمثلة توضيحية :

المثال الأول : الاتجار في المخدرات : إذا ارتكب شخص ما جريمة إتجار في المخدرات في ظل قانون يجعل العقوبة الحبس ثم صدر قانون جديد يصعد بهذه العقوبة إلى الأشغال الشاقة المؤبدة ، فهل ينسحب حكم هذا القانون الجديد على الجريمة التي وقعت قبل صدوره فتصبح العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة بدلا من الحبس (مبدأ الأثر الفوري المباشر للقانون) أم يظل القانون القديم مطبقا فتكون العقوبة هي عقوبة الحبس (مبدأ رجعية القانون) ؟

المثال الثاني : الزواج : إذا تزوج شخص بامرأة في ظل قانون يجعل لكل منهما الحق في الطلاق بالإرادة المنفردة ثم صدر قانون جديد يجعل الطلاق بالإرادة المنفردة من حق الزوج وحده، فهل يحق للزوجة التمسك بحقها في الطلاق بالإرادة المنفردة احتراما للقانون الذي تزوجت في ظله (مبدأ رجعية القانون) أم يزول عنها

(٩٦٥) ويسمى أيضا مبدأ عدم استناد القوانين (الزيات ص ٦٣) .

هذا الحق احتراماً للقانون الجديد (مبدأ الأثر الفوري والمباشـــر للقانون) ؟

المثال الثالث : الرشد : إذا كان سن الرشد في ظل قانون معين هـــو ثمـــاني عشرة سنة وقبل اكتمال شخص معين لها صدر قانون جديد يجعلها إحدى وعشرون سنة : هل يعد الشخص البالغ من العمر عند صدور القانون الجديد سبع عشرة سنة كامل الأهلية بعد سنة واحدة إعمالاً للقانون القديم (مبدأ رجعية القانون) أو يجـــب أن يستمر حتى يصل إلى سن الحادية والعشرين احتراماً للقانون الجديد (مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون) ؟ وهل يتغير الوضع إذا كان قد بلغ سن الرشـــد وفقـــا للقانون القديم وهو ثماني عشرة سنة قبل صدور القانون الجديد، فيظل رشيدا وفقـــا للقانون القديم أم يرتد قاصراً طبقا للقانون الجديد؟

في كل هذه الحالات نتساءل عن القانون الواجب التطبيق أهو القـــانون القـــديم الذي نشأت العلاقة القانونية في ظله أم القانون الجديد الذي رتبت هذه العلاقة آثارها القانونية في حياته ؟

تفرغ الفقه للإجابة عن هذه التساؤلات وأجهد عقله في ذلك ، وكانت محصـــلة ذلك كله نظريتين أولهـــما تســـمى بالنظرية التقليديـــة أو نظرية الحـــق المكتسب (Droit acquis) وتفرق بين الحق المكتسب الذي يحكمه القانون القـــديم ومجـــرد الأمل في الحق الذي يخضع للقانون الجديد ، أما الثانية فهي النظرية الحديثة وهي تفرق بين تكوين أو انقضاء المراكز القانونية وهو ما يحكمه القانون القديم والآثار والمراكز اللاحقة التي يتعين أن يحكمها القانون الجديد ، ويقبـــل أنصـــار هـــاتين النظريتين ترتيب بعض الإستثناءات عليهما ونتفرغ هنا للعرض المبسط لكل مـــن هاتين النظريتين ، فنبين مضمونهما ثم نعكف على تقدير كل منها .

المطلب الأول

النظرية التقليدية

ظهرت هذه النظرية في القرن التاسع عشر وبالتحديد في كتاب الأستاذ بلوندو(Blondeau) سنة ١٨٢٦م ، الذي صاغها وأرسي أساسها[٩٦٦] : فما هو مضمونها وما هي مزاياها وعيوبها ؟

أولا : مضمون النظرية :تأخذ هذه النظرية بمبدأ عدم رجعية القوانين كأساس لها ، وتقول بأن القانون الجديد لا يجب أن يمس الحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم بل ينطبق فقط على المستقبل . ولا يعتبر أنصار هذه النظرية المساس بمجرد الأمل في الحق خروجاً على مبدأ عدم الرجعية . مع ذلك فهم يعترفون بضرورة الخروج على أحكام هذا المبدأ في أربعة أحوال محددة وهي : النص الصريح على الرجعية ، والقوانين الجنائية الأصلح للمتهم ، والقوانين التفسيرية والقوانين المتعلقة بالنظام العام.

وعلي ذلك يتعين أن نعرض للتفرقة بين الحق المكتسب والأمل في الحق ثم نعرض للإستثناءات التي يأخذون بها على مبدأ الرجعية :

١ – التفرقة بين الحق المكتسب (Droit acquis) والأمل في الحق (Simple expectative ou attente) : يفرق أنصار النظرية التقليدية بين الحق المكتسب والأمل في هذا الحق، ويجعلون القانون له أثر رجعي ويستبعدون تطبيقه إذا مس حقاً مكتسباً[٩٦٧] أما إذا كان القانون يمس مجرد الأمل في اكتساب الحق فهو يطبق دون أن يعد ذلك سرياناً للقانون على الماضي .

---

(٩٦٦) انظر في عرض ذلك : مرقس رقم ١٠١ ص ٢٥٣ وما بعدها، وحجازي رقم ٤٨٢ ص ٦٠٤ وما بعدهما ، وفرج رقم ١٩٨ ص ٣١٧ وما بعدهما ، وكيره رقم ١٨٩ ص ٣٤٣ وما بعدهما ، والزيات ص ٦٣ وما بعدها ، ومرسي ومصطفى رقم ٣٣٣ ص ٣٤١ وما بعدها ، والعطار رقم ١٩٤ ص ٢٠١ وما بعدها، وزكي رقم ١٣٨ ص ٢٢٦ وما بعدها، ويحيى ص ١٦١ وما بعدها ، وجمعة ص ٢٤٠ وما بعدها ، وأبو السعود ص ٤٦٢ وما بعدها ، وعمران ص ١٤٣ وما بعدها ، والمهدي ص ٢٢ وما بعدها ، وكامل رقم ٨٤ ص ٢١٥ وما بعدهما ونجيده ص ١٨٥ وما بعدها.

(٩٦٧) يختلف أنصار هذه النظرية في تعريف الحق المكتسب : فهو الحق الذي دخل ذمة صاحبه بصورة نهائية وفقا لرأي و هو الحق الذي يستند إلى أساس قانوني وفقا لرأي ثان ، وهو الذي يمكن لصاحبه المطالبة به أمام القضاء وفقا لرأي ثالث ، وهو الحق أو المركز القانوني الذي لا يمكن أن يسري عليه القانون الجديد وفقا لرأي رابع .

ولم يبخل أصحاب هذه النظرية في ضرب عدة أمثلة لتوضيح هذه التفرقة :

المثال الأول : الميراث : إذا توفي شخص ما تؤول إلى ورثته أمواله وفقا للأنصبة المحددة شرعا ، وهنا يقال أن سبب اكتساب الورثة لملكية هذه الأموال هو الميراث . فإذا صدر قانون يحرم أحد الورثة من الميراث كأن يجعل بنات المتوفى يستأثرن بأموال مورثهن كلها دون أن يشاركهن أحد وتضرر من ذلك عمهن ، فإن التساؤل يثور حول أحقيته في الاستفادة من القانون القديم وعدم تطبيق القانون الجديد عليه ؟

الإجابة عن هذا التساؤل في نظرهم يسيرة : فهو محق في طلبه إذا كان القانون الجديد صدر بعد وفاة المورث وافتتاح تركته ، وهو غير محق في ذلك إذا كان القانون الجديد صدر قبل وفاة المورث : ففي الحالة الأولي انعقد حقه في الميراث بواقعة الوفاة السابقة على صدور القانون الجديد ، أما في الحالة الثانية فإن له مجرد أمل في الميراث .

المثال الثاني : الوصية : إذا توفي شخص ما قد يترك وصية ، والوصية هي تصرف منفرد من المتوفى ويسمى الموصي لصالح وارث أو غير وارث وهي جائزة في شريعة الإسلام في حدود ثلث التركة فقط ويستطيع الموصي أن يعدل عنها أو يتمسك بها كيفما شاء لصالح أحد ورثته مثلا وصدر قانون يحرم الإيصاء للوارث ، فهل يحق للموصي له التمسك بالوصية رغم صدور القانون الجديد ؟

الإجابة هنا أيضاً يسيرة : إذا كان القانون الجديد قد صدر قبل وفاة الموصي فلا حق للموصي له لأنه مجرد صاحب أمل في الاستفادة من الوصية قد يتحقق وقد لا يتحقق ، أما إذا كان صدور القانون الجديد "لاحق" لوفاة الموصي فإن حق الموصي له في التركة لا يقبل جدال لأن حقه مرتبط بتحقق الوفاة قبل صدور القانون الجديد .

المثال الثالث : التقادم : إذا بسط شخص حيازته الهادئة الواضحة والمستقرة على مال معين لمدة معينة أصبح مالكا له ، أما إذا غفل مالك عن استعمال حق ملكيته على شئ مدة معينة فقد ملكيته . ويقال هنا أن الأول اكتسب ملكية المال بالتقادم المكسب أما الثاني فقد فقدها بالتقادم المسقط . فإذا كان القانون يجعل مدة اكتساب الحق على سبيل المثال ثلاثين سنة ثم صدر قانون جديد يجعلها خمس

وثلاثين سنة ، هل يحق لواضع اليد التمسك بالقانون القديم الذي بدأ احتساب مـــدة التقادم في ظله ؟

الإجابة ليست بأقل يسراً من السابقتين : إذا كان القانون الجديد قد صدر قبـــل اكتمال مدة العشرين سنة التزام واضع اليد به وتعين عليه الاستمرار في وضع يده حتى اكتمال اليوم الأخير من مدة الثلاثين سنة ، أما إذا كان القانون الجديد قد صدر بعد اكتمال اليوم الأخير من مدة العشرين سنة اعتبر واضع اليد مالكاً وفقا للقانون القديم .

في هذه الحالات الثلاثة ترتب على التفرقة بين الحق المكتسب والأمـــل فـــي اكتساب الحق حسم مشكلة التنازع الزمني بين القانون القديم والقانون الجديد .

٢ – الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم رجعية القوانين : أربعة :

يتفق أصحاب هذه النظرية على ترتيب إستثناءات أربع على مبدأ عدم رجعيـــة القوانين الذي تمليه العدالة والمنطق والاستقرار الاجتماعي وهي متعلقـــة بـــالنص الصريح على الرجعية،والقوانين الجنائية الأصلح للمتهم ، والقوانين المتعلقة بالنظام العام . ويبتغي أصحاب هذه النظرية بترتيب هذه الاستثناءات تفادي المغـــالاة فـــي التمسك بمبدأ عدم الرجعية وذلك على التفصيل الآتي :

أ – **النص الصريح على الرجعية** : إذا أورد المشرع نصاً صريحاً على رجعية قانون معين وجب النزول على رغبته مادام ذلك النص يتفق مع القواعد التشريعية المعمول بها .

ب – **القوانين الجنائية الأصلح للمتهم** : وهي القوانين المزيلة لوصف الجريمة عن الفعل أو المخففة للعقوبة التي كانت مقررة له ، فهذه القـــوانين تســـري بـــأثر رجعي على ما ارتكب قبلها من أفعال في ظل قانون آخر أشـــد ، والقيـــد الوحيـــد المقبول في هذا الشأن هو ألا يكون قد صدر بشأن هذا الفعل حكم قضائي نهائي . وحكمة الرجعية ظاهرة ، فتغيير المجتمع لرأيه بشأن الفعـــل بإباحتـــه أو تخفيـــف عقوبته أو تقرير وجه للإعفاء من المسئولية عنه أو من العقاب يســـتوجب إفـــادة المتهم من ذلك ما دام القضاء لم يصدر عليه حكماً نهائياً بعد . وفي هـــذا القـــانون المعمول به وقت ارتكابها . ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل ، وقبل الحكم فيـــه نهائيا قانون أصلح للمتهم ، فهو الذي يتبع دون غيره .

ج – القوانين التفسيرية : يرتد تطبيق القانون التفسيري إلى وقت إصدار التشريع المفسر بوصفه مكملا له ، فهو يسري بذلك – وفقا لأصحاب النظرية التقليدية – بأثر رجعي على الدعاوى المنظورة أمام القضاء ولم يفصل فيها بحكم نهائي بعد .

د – القوانين المتعلقة بالنظام العام : وهي القوانين التي تستدعي مصلحة المجتمع إعمالها بأثر رجعي مثل[٩٦٨] القوانين المتعلقة بالأهلية والطلاق والرق :

(١) القوانين المتعلقة بالأهلية : فإذا صدر قانون جديد يرفع سن الرشد من ثماني عشرة سنة إلى إحدى وعشرين سنة فإنه ينطبق على كل من لم يكمل هذه السن بعد ولو كان قد اكتمل سنه ثماني عشرة سنة بالفعل عند صدور القانون الجديد.

(٢) القوانين المتعلقة بالطلاق : إذا صدر قانون يجعل الطلاق عن طريق القاضي وليس بالإرادة المنفردة للزوج ، فيطبق على كل عقود الزواج القائمة سواء كانت قد أُبرمت قبل صدور القانون الجديد أو بعده ، فلا يكون للزوج أن يطلق بإرادته المنفردة .

(٣) القوانين المتعلقة بالرق : إذا صدر قانون يلغي الرق ، فيطبق على كل الرقيق الموجود عند صدوره سواء أكانت علاقة الرق سابقة أم لاحقة على صدور القانون الجديد . ومفاد ذلك ألا يكون للسيد أن يحتفظ بعبده .

ثانيا : تقدير النظرية : لا يستطيع أحد إنكار التأييد العظيم الذي كتب لهذه النظرية خلال القرن التاسع عشر ، بل إن معاول أنصار النظرية الحديثة لم تستطع منع القضاة من استخدام مصطلحاتها حتى الآن ، فما زالت المحاكم تفرق بين الحق المكتسب ومجرد الأمل في هذا الحق .

مع ذلك فإن نقاط الضعف التي نفذ من خلالها أنصار النظرية الحديثة واستطاعوا الإجهاز عليها من خلالها تتمثل في معيارها غير المحدد في التمييز بين

---

(٩٦٨) يقول البعض بأن نطاق النظام العام في خصوص سريان القانون على الماضي أضيق من نطاقه العادى، ويرتبون على ذلك قصر نطاق الاستثناء على القوانين الناهية أو المحرمة في رأي ، أو القوانين ذات الأهمية البالغة في رأي آخر : انظر في عرض ذلك سلامة رقم ١٠٥ ص ٢٣٣ هامش رقم (١) .

الحق المكتسب والأمل في اكتسابه ، وتعريفها غير الواضح للأثر الرجعي للقوانين. ونفصـــــل الآن ما أجمـــلناه :

١ – عدم تحديد معيار التفرقة بين الحق المكتسب والأمل فـــي اكتســـابه(٩٦٩): فشل أنصار النظرية التقليدية في اتخاذ ضابط أو معيار واضح ومحدد للتفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل في اكتسابه(٩٧٠):

فليس صحيحاً أن الحق المكتسب هو ما دخل في الذمة المالية لصـــاحبه لأن هناك حقوقاً غير مالية لا تدخل في الذمة المالية ، كما أن الأخذ بهـذا التعريـــف يعوق الإصلاح الاجتماعي لأنه يحظر المساس بالحقوق المكتســبة فـــلا يســـتطيع المشرع مثلا أن يفرض حدا أقصى للملكية.

وليس متصوراً القول بأن الحق المكتسب هو من النتائج الحتمية المباشرة التي يرتبها القانون على واقعة معينة بالمقابلة لمجرد الأمل الذي يعد من النتـــائج غيـــر المباشرة التي يمكن أن تتحقق أو لا تتحقق . فالحق أن التساؤل سينصـــرف إلـــى تحديد المقصود بالنتائج الحتمية المباشرة ؟

وليس منطقيا القول بأن الحق المكتسب ، على عكس الأمل ، هو الحق الذي يمكن للقانون أن يمسه ، لأن في ذلك مصادرة على المطلوب : فمتي يمكن القـــول بأن القانون لا يمكن أن يمس بالحق ؟ وإذا قلنا إنه لا يمكن أن يمسه إذا كان حقـــا مكتسبا كان معنى ذلك أن ندور في حلقة مفرغة دون أن نصل إلى نتيجة .

وليس معقولا اعتبار الحق المعلق على شرط حقاً مكتسباً نظراً لأن الشـــرط

---

(٩٦٩) السنهوري وأبو ستيت رقم ١٧٦ ص٢٣٣ ، وكيره رقم ١٩١ ص ٣٤٩ ، ومرقس رقـــم ١٠٢ ص ٢٦٢ : ٢٦٣ ، والقاضي ص ص١٨٠ :١٨١ ، وعبد الباقي رقم ١٨٤ ص ٢٩٩، وســـلامة رقـــم ١٠٦ ص٢٣٥ ، ويحيى ص ١٦٦ وما بعدها ، وتناغو رقم ٢٠٧ ص ٦٦٣ ، والإهواني رقـــم ٣٧٠ ص ٣٢٤ ، وجمعة ص ٢٤٢ ، وكامل رقم ٨٥ ص ٢٢٠ .

(٩٧٠) وللتدليل على تحكمية وصعوبة تطبيق هذا المعيار في الواقع نضرب هذا المثال من فرنســـا ، فقـــد صدر فيها سنة ١٩١٢ قانوناً يجيز للولد الطبيعي (ولد السفاح) إثبات نسبه من أبيه بشروط معينة بعد أن كان هذا الأمر محظوراً في ظل القانون المدني ، وثار الخلاف حول أحقية آباء الأولاد الطبيعيين المولودين قبل العمل به في ألا يبحث في نسب أولادهم أمام القضاء ، فهل يعـــدون أصـــحاب حـــق مكتسب في عدم البحث في هذا النسب أم أصحاب مجرد أمل في بقاء التشريع كما هـــو : حســـمت محكمة النقض الفرنسية ذلك لصالح الأولاد الطبيعيين المولودين قبل نفاذ التشريع الجديد :انظر فـــي شرح هذا القضاء :خضر رقم ١٨٨ ص ٢٢٥ .

يعرف– من الوجهة القانونية – بأنه أمر مستقبل غير محقق الوقوع .

٢ – عدم تحديد تعريف الأثر الرجعي للقانون : ترتب على عـدم التعريـف الدقيق للأثر الرجعي للقانون أن اختلط بالأثر الفوري له ، فجميع الحـالات التـي اعتبرتها النظرية لتعلقها بالنظام العام استثناءات على مبدأ عدم رجعية القوانين هي في حقيقة الأمر تطبيقات للأثر الفوري للقانون :

(ا) الأهلية : مقتضى القول برجعية القانون الجديد وتطبيقه على الراشـد ورده قاصراً لعدم اكتماله سن الرشد هو اعتبار تصرفاته السابقة على صـدور القـانون الجديد باطلة أو قابلة للإبطال ، في حين أنها تعتبـر صـحيحة منتجـة لآثارهـا القانونية، فما حدث أن القانون الجديد طبق بأثر فوري ومباشر على كل من لم يبلغ سن الحادية والعشرين عند صدوره فجعله قاصراً ولو كان راشداً في ظل القـانون القديم .

(ب) الطلاق : مفاد القول برجعية القانون الجديد وتطبيقه على عقود الـزواج القائمة عند صدوره هو اعتبار كل طلاق بالإرادة المنفردة للـزوج قبـل صـدور القانون الجديد باطلاً ، في حين أنه يعد طلاقاً سليماً ومشروعاً وما حـدث هـو أن القانون الجديد طبق بأثر فوري ومباشر على كل عقد زواج قائم عند صدوره فجعل الطلاق بيد القاضي ولو كان مشروعا بيد الزوج ، بإرادته المنفردة ، فـي ظـل القانون القديم .

في كل هذه الحالات عجزت النظرية التقليدية عن تبرير مفهومها غير الـدقيق لفكرة الأثر الرجعي[٩٧١] ، مما أدي إلى زيادتها للاستثناءات الواردة على مبدأ عدم الرجعية دون مبرر بحيث بات مبدأ عدم الرجعية نفسه كما لو كان اسـتثناء مـن قاعدة عامة وهي الرجعية ، فأكثر القوانين التي تراها هذه النظرية رجعية وتنتـج رجعيتها اسـتثناءً هي في حقيقتها قوانـين تسري بأثر مباشر فتتناول ما يقع في ظلها ابتداء من يوم نفاذها دون تعقيب أو رجوع فيما تم قبل هذا النفاذ[٩٧٢].

---

(٩٧١) مع ذلك ظل القضاء يتبعها فترة طويلة وقد برر البعض ذلك بأن عدم دقة معيارها ومرونتها تمكـن القضاء من تنويع الحلول وفقا للعدالة بحيث باتت حلول القضاء هي تقريباً الحلول التي يصل إليهـا الفقه بطرائق أخرى : السنهوري وأبو ستيت رقم ١٧٦ ص ٢٣٤ .

(٩٧٢) كيره رقم ١٩١ ص ٣٥٠ .

المطلب الثاني
النظرية الحديثة

ظهرت هذه النظرية على يد الفقيه روبييه Roubier في كتاب مـن جـزأين نشرهما على التتابع سنة ١٩٢٩م و ١٩٣٣م تحت عنوان تنازع القوانين من حيث الزمان[٩٧٣]، ثم التف حولها المؤيدون بعد ذلك ونعرض هنا لمضمون هذه النظرية ثم نقدرها فنذكر مالها وما عليها .

أولا : مضمون النظريـــة : تقوم هذه النظرية على أساس التفرقة بـين الأثـر الرجعي للقانون والأثر الفوري أو المباشر له ، وترتب على كل من هذين المبدأين عدة استثناءات . ونبحث الآن مفهوم كل مبدأ منهما والاستثناءات الواردة عليه .

١- **مبدأ عدم رجعية القوانين :** نعرض في هذا المقام لنطاق هذا المبدأ لـدى أنصار النظرية الحديثة ثم نبحث الاستثناءات التي قالوا بها عليه :

أ- نطاق المبدأ : يقصد بهذا المبدأ ، كما رأينا ، عدم انطباق القـانون علـى الوقائع السابقة على صدوره ويفسر أنصار النظرية الحديثة ذلك بقولهم إن القانون الجديد يجب ألا يمس ما تم أو انقضى تكوينه من عناصر المركز القانوني أو مـا ترتب من آثار على هذا المركز في ظل القانون القديم . فلا يحكم القانون الجديـد إلا ما يتم في المستقبل من مراكز أو آثار . فمركز الدائن أو البائع أو المالك ينشـأ بعد مدة قد تطول أو تقصر ولا يجب أن ينال من القانون الجديد ، أما ما يترتب من آثار على هذه المراكز فلا يجب أن يخضع لغير القانون الجديد . وحتـى يتضـح المعنى نعرض للمقصود بتكوين أو انقضاء المراكز القانونية ثم للآثار المترتبة على هذه المراكز:

---

(٩٧٣) فرج رقم ٢٠١ ص ٣٢٩ ، والشـرقاوي رقـم ٦١ ص ١٦٧ ، وزكـي رقـم ١٤١ ص ٢٣٤ ، والإهواني رقم ٤٠٤ ص ٣٥٥ والمهدي ص ٢٣٤ وما بعدها والعطار رقم ٩٥ ص ٢٠٤ .

(١) تكوين المراكز القانونية : نميز هنا بين نوعين من أنواع المراكز القانونية وهما : المراكز القانونية السريعة التكوين والمراكز القانونية البطيئة التكوين : ونقصد بالمراكز القانونية السريعة التكوين المراكز القانونية التي تنشأ في لحظة واحدة مثل مركز الوارث ومركز المضرور، فينشأ حق الوارث في الإرث في لحظة وفاة المورث ، وينشأ حق المضرور في التعويض في لحظة وقوع الفعل الضار . ونقصد بالمراكز القانونية البطيئة التكوين المراكز القانونية التي تقتضي مرور مدة معينة لتكوينها مثل مرور مدة التقادم المكسب لاكتساب الملكية ، ومرور مدة التقادم المسقط لفقد حق معين . هذا هو الحال أيضاً بالنسبة للموصي الذي يتعين لتكوينه وجود وصية صحيحة سابقة على وفاة الموصي.

في هاتين الحالتين يحكم القانون القديم المراكز السابقة التي اكتمل تكوينها في ظله، أما القانون الجديد فيحكم المراكز التي اكتمل تكوينها في ظله . ونضرب مثالين لتوضيح هذا المعنى :

الأهلية : إذا صدر قانون جديد يجعل سن الرشد إحدى وعشرين سنة بدلاً من ثماني عشرة سنة ، فإن هذا القانون الجديد لا يحكم تصرفات القاصر البالغ ثماني عشرة قبل صدوره فهذه التصرفات تخضع للقانون القديم ولو كانت ضارة ضرراً محضاً ، أما ما استجد من تصرفات بعد صدوره فتقع باطلة أو قابلة للإبطال حسب الأحوال . وبديهي أن الشخص يرتد قاصراً بصدور القانون الجديد ولو كان رشيداً في ظل القانون القديم .

التقادم : إذا صدر قانون جديدة يجعل مدة التقادم المكسب عشرين سنة بدلاً من عشرة ، فإنه لا يمس المركز القانوني لمن انقضى على وضع يده مدة عشرة سنوات كاملة في لحظة صدوره لأن هذا المركز القانوني تكون في ظل قانون قديم ولا يمكن أن يحكمه القانون الجديد . ولا يحكم هذا الأخير إلا اللاحق في النشوء من هذه المراكز ولو كان جزءاً من مدته قد انقضى في ظل القانون القديم .

(٢) انقضاء المراكز القانونية : نميز هنا أيضاً بين المراكز القانونية السريعة الانقضاء والمراكز القانونية البطيئة الانقضاء ، مثال الأولي مركز المطلق بإرادته

المنفردة ومثال الثانية مركز من يسقط حقه بالتقادم المسقط . فالمطلق ينقضي مركزه كزوج في لحظة واحدة بإرادته المنفردة ، أما صاحب الحق الذي يسقط بالتقادم فإن انقضاء حقه يتطلب مرور مدة زمنية معينة حتى ينقضي مركزه كصاحب حق معين .

في هاتين الحالتين يترتب على انقضاء المركز القانوني انفراد القانون الذي انقضى المركز القانوني في ظله بحكم العلاقة سواء أكان قانوناً قديماً أو جديداً . فلا يكون في الإمكان النيل من مشروعية طلاق تم بالإرادة المنفردة في ظل قانون يجيز ذلك ولو كان القانون الجديد يجعل هذا الطلاق بحكم قضائي ، كما لا يستطيع من سقط حقه لمرور مدة زمنية معينة في ظل قانون معين أن يطالب بالحق نفسه في ظل قانون جديد يطيل هذه المدة .

ويلاحظ بشأن تكوين المراكز القانونية وانقضائها أن تمام عناصر التكوين أو الانقضاء في ظل قانون قديم يحجب تطبيق القانون الجديد عليها في حالة واحدة وهي إذا كانت هذه العناصر ذات قيمة خاصة في حد ذاتها . مثال ذلك المركز القانوني للموصي فهو يتكون من عنصرين وجود الوصية ووفاة الموصي ، فإذا تحقق العنصر الأول وهو وجود الوصية في ظل قانون معين يكتفي بتحريرها على ورقة عرفية ثم صدر قانون جديد بعد تحريرها وقبل وفاة الموصي يتطلب أن تحرر الوصية على ورقة رسمية فلا يسري القانون الجديد على العنصر الذي تم بالفعل وهو تحرير الوصية على ورقة عرفية لما له من قيمة خاصة في حد ذاته . على العكس ينطبق القانون الجديد على الشق الآخر وهو الوفاة باعتبارها لم تتحقق بعد عند صدوره ، فإذا كان هذا القانون يجعل الحد الجائز الإيصاء به هو الربع وليس الثلث تنفذ الوصية في حدود هذا القدر الجديد.

(٣) آثار المراكز القانونية : يقتضي إعمال مبدأ عدم الرجعية عدم إعمال القانون الجديد على ما يترتب من آثار على المراكز القانونية إذا كانت هذه الآثار وقعت في ظل القانون القديم، فينفرد القانون الأخير بحكم الآثار التي وقعت في ظله. ويستوي في ذلك أن تكون آثاراً فورية أو متراخية زمانياً : مثال الآثار الفورية الوقوع عقد بيع العقار الذي يتم في ظل قانون لا يتطلب التسجيل لنقل الملكية ، فصحة هذا العقد لا تتأثر بصدور قانون جديد يتطلب هذا التسجيل ،

فالقانون الجديد لا يمكن أن ينسحب حكمه بأثر رجعي على ما وقع من آثار قبل وقوعه . ومثال الآثار المتراخية الوقوع ، عقد القرض الذي يبرم نظير فائدة اتفاقية قدرها ٨ % في ظل قانون يسمح بذلك ، فصدور قانون جديد يهبط بهذه الفائدة إلى ٧ % فقط لا ينال من حق المقرض في اقتضاء ما استحق من فوائد قبل صدوره . أما الفوائد التي تستحق عقب صدوره فتهبط قيمتها إلى ٧ %[٩٧٤]. يتضح مما تقدم أن القانون الجديد لم يطبق بأثر رجعي في المثال الأول فلم يمس أثر العقد الناقل للملكية دون تسجيل ، أما في المثال الثاني فقد طبق بأثر فوري ومباشر على الآثار التي تحققت في ظله فحسب.

خلاصة القول أن القانون القديم يظل وحده الحاكم الوحيد لما تم في ظله من تكوين أو انقضاء للمراكز القانونية أو ما توافر من عناصر التكوين أو الانقضاء ذات القيمة أو الدلالة القانونية الخاصة . كذلك الحال بشأن الآثار المترتبة على تلك المراكز. أما القانون الجديد فيحكم تكوين وانقضاء وآثار المراكز القانونية التالية على صدوره ، بما في ذلك عناصر التكوين أو الانقضاء التي ليست لها قيمة أو دلالة قانونية خاصة في حد ذاتها ووقعت في ظل القانون القديم .

ب- الاستثناءات على المبدأ : استثناءان : يأخذ أنصار النظرية الحديثة باستثناءين في هذا الصدد هما النص الصريح على الرجعية والقوانين التفسيرية متفقين في ذلك مع أنصار النظرية التقليدية . ويحتاج الأمر إلى شئ من التفصيل :

(١) النص الصريح على الرجعية : فهذا النصر يقطع الطريق أمام إعمال مبدأ عدم رجعية القوانين شريطة لأن يصدر متفقاً مع أحكام الدستور الوطني .

(٢) القوانين التفسيرية : تلحق القوانين التفسيرية بالقوانين محل التفسير ، وينطبق التفسير التشريعي[٩٧٥] على كل ما لم يفصل فيه بحكم نهائي[٩٧٦].

---

(٩٧٤) تطبيقاً لنفس الفكرة لا يمس القانون الجديد ما استحق من نفقة أو حضانة في القانون القديم : يحيى ص ١٧٢ .

(٩٧٥) قلنا في عرضنا للتشريع التفسيري أن تطبيقه يتزامن مع تطبيق القانون الأصلي محل التفسير ما لم يتضمن التشريع التفسيري تشريعاً جديداً فيعد هذا التشريع التفسيري تشريعياً رجعي التطبيق بنص المشرع وفقاً للاستثناء الأول : يحيى ص ١٧٣ .

(٩٧٦) يختلف أنصار النظرية الحديثة في اعتبار القوانين التفسيرية استثناء على قاعدة عدم الرجعية أو لا: فيري البعض أن القول بصدورها في تاريخ صدور القانون القديم هو افتراض مخالف للواقع ، بينما يرى البعض الآخر أنها مجرد توضيح للقانون القديم (سلامة رقم ١٠٩ ص ٢٤١) ويري المؤلف

ويرفض أغلب أنصار هذه النظرية القول بالرجعية بالنسبة للقوانين الأصلح للمتهم والقوانين المتعلقة بالنظام العام : فالأولي تطبق بأثر فوري على المتهم مادام لم يصدر عليه حكم نهائي أن مركز المتهم يتحدد بالحكم القضائي وليس بارتكاب الفعل المؤثم[٩٧٧]. أما الثانية فإن أساس انطباقها هو إعمال الأثر الفوري والمباشر للقانون وليس أثره الرجعي .

نخلص من ذلك إلى أن مبدأ عدم الرجعية يحول دون تطبيق القانون في الماضي، بيد أنه لا يبين لنا أمرين وهما : القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية التي لم تكن قد استكملت عناصر تكوينها أو انقضائها عند صدور القانون الجديد ، والقانون الواجب التطبيق على آثار المراكز القانونية التي تمت أو انقضائها عند صدور القانون الجديد ، والقانون الواجب التطبيق على آثار المراكز القانونية التي تمت أو انقضت بالفعل في ظل القانون القديم ، وهذان الأمران هما اللذان استلزما اللجوء إلى مبدأ الأثر الفوري أو المباشر للقانون الذي ندرسه الآن .

٢- **مبدأ الأثر الفوري أو المباشر للقانون** : نعرض هنا لمضمون المبدأ والاستثناءات التي ترد عليه :

أ - نطاق المبدأ : بموجب هذا المبدأ يخضع للقانون الجديد كل ما يقع بعد نفاذه ولو كان مترتبا على وقائع أو مراكز قانونية نشأت في ظل القانون القديم ، فيحكم القانون الجديد ما تكون أو انقضى وما ترتب من آثار على المراكز القانونية الموجودة عند صدوره . فإذا كان المركز تم أو انقضى أو كان الأثر قد تحقق فلا شأن للقانون الجديد به ، أما إذا كان لم يتم ولم ينقض أو كان الأثر لم يتحقق بعد ، فإن القانون الجديد وحده هو الذي يحكم هذه المسألة مع الأخذ في الاعتبار بأن ما تحقق بالفعل من عناصر لها قيمة أو ذاتية قانونية خاصة يظل خاضعاً للقانون القديم

الأخير أنه مما لا شك فيه أن التفسير التشريعي يسري على مراكز نشأت قبل تاريخ صدوره الحقيقي.

(٩٧٧) يرى بعض أنصار النظرية الحديثة في القوانين الأصلح للمتهم استثناءات على قاعدة الرجعية لربطهم تكون المركز القانوني للمتهم بوقت ارتكاب الجريمة وليس بوقت المحاكمة : سلامة رقم ١٠٩ ص ٢٤٢.

كما سبق القول .

ونضرب على ذلك الأمثلة الآتية :

مثال المركز القانوني الذي لم يتم : مركز واضع اليد الذي استوفي مدة عشر سنوات من خمس عشرة سنة يتطلبها القانون القائم لاكتساب الملكية ، فإذا صدر القانون الجديد جاعلاً هذه المدة سبع عشرة سنة فإن المدة الجديدة تصبح وحدها واجبة الاستيفاء ليتحقق لواضع اليد ما يرجوه من اكتساب للملكية .

مثال المركز القانوني الذي لم ينقض : مركز الشخص الذي يسري التقادم في حقه، فإذا لم تكن المدة قد استكملت بالفعل عند صدوره فإن القانون الجديد وحده هو الذي يحدد هذه المدة سواء أكان أطول أم أقل بقطع النظر عن المدة التي كانت واردة في القانون الذي سبقه .

مثال العناصر التي يتحقق عنصر من عناصرها له ذاتية قانونية خاصة : مركز الموصي الذي يحرر وصية عرفية في ظل قانون يجيز ذلك ثم يصدر قانون جديد في حياة الموصي يشترط رسمية الوصية ، يتحدد هذا المركز بتحرير الوصية ووفاة الموصي ، فلا يمس القانون الجديد إلا الشق الثاني وهو الوفاة . فإذا كان هذا القانون الجديد يهبط بحد الإيصاء من الربع إلى الثمن نفذ حكمه لأن القدر الجائز الإيصاء به يحكمه القانون الجديد لأن الوفاة تحققت في ظله .

مثال الآثار المستقبلة : مركز الزوج الذي يصدر قانون جديد يحرمه حقه في الطلاق بإرادته المنفردة ، فهذا القانون الجديد يحكم العلاقة الزوجية القائمة رغم أنها نشأت قبل صدوره ونفاذه .

ب- الاستثناءات : استثناء واحد : يستثني أنصار النظرية الحديثة المراكز العقدية التي تكونت بالفعل قبل نفاذ القانون الجديد ، ويجعل القانون القديم وحده الحاكم الوحيد لآثارها وانقضائها ولو تعلقت أحكام القانون الجديدة بالنظام

العام[٩٧٨]. وحجتهم في ذلك أن تحقيق وحدة القانون الذي يحكم المراكز القانونية المتماثلة مناطه استقرار المعاملات التي ينظمها القانون ، أما المراكز التي ينظمها أطراف العقود فإن المنطق يقتضي تركها للقانون الذي تعاقدوا في ظله . ويرجع ذلك إلى أن توحيدها غير مطلوب أو متصور . ونؤكد أن المراكز القانونية التي تستند في نشوئها إلى العقد لا تستفيد من هذا الاستثناء لأن الأصل في أحكام العقود التباين والتنوع وليس التوحيد والتطابق[٩٧٩].

وحتى يتضح المعنى المقصود نفرق بين المركز القانوني والمركز العقدي على النحو الآتي[٩٨٠]:

(١) **المركز القانوني** (**Situation Légale**): وهو المركز الذي ينظم القانون أحكامه تنظيماً دقيقاً ، فلا يكون لمن دخل فيه إلا الامتثال لحكم القانون ومثال ذلك مركز الزوجين ومركز الموظف فهما يخضعان لأي تعديل تشريعي يؤثر في مركزيهما ، فحقوق وواجبات الزوج والموظف تتحدد مسبقاً من المشرع بمجرد دخولها في العلاقة الزوجية أو الوظيفة .

---

(٩٧٨) يرى بعض أنصار النظرية الحديثة التفرقة في هذا الصدد بين المراكز القانونية الجديدة المتعلقة بالنظام العام والتي تحمي مصلحة عامة والقوانين الجديدة المتعلقة بالنظام العام والتي تحمي مصلحة خاصة ، ويقصرون الأثر المستمر للقانون القديم على الحالة الثانية فقط . = = ويمثلون لذلك بالقانون الذي يفرض سعراً إلزامياً لأوراق البنكنوت والقانون الذي يفرض نسبة إلزامية للفائدة الاتفاقية ، فالأول يحمي مصلحة عامة أما الثاني فيحمي مصلحة خاصة (انظر في عرض ذلك يحيى ص ١٨٠) ويعيب هذا الرأي غموض معياره وتجزئته لفكرة النظام العام وتأديته إلى انفصام وحدة آثار المركز التعاقدي ، فيخضع بعضها للقانون القديم وبعضها الآخر للقانون الجديد (انظر في عرض ذلك سلامة رقم ١١٠ ص ٢٤٦ ويدفع بعض أنصار النظرية الحديثة ذلك بالقول بخضوع آثار المركز العقدي للقانون الذي نشأ في ظله ولو كانت قواعده كلها آمرة ما لم ينص المشرع صراحة أو ضمناً على غير ذلك (سلامة رقم ١١٠ ص ٢٤٦) .

(٩٧٩) جمعة ص ٢٤٦ .

(٩٨٠) يفرق البعض في مجال العقد بين القواعد المتعلقة بالنظام العام ذات الأهمية القصوى والخطورة البالغة على المجتمع ، والقواعد الأخرى المتعلقة بالنظام العام العادي ، ويقصر الأثر الفوري والمباشر على الأولي فقط ويذهب فريق آخر إلى التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المقررة ، فالأولي تطبق فور صدورها وتحكم ما يتحقق في ظلها من شروط للتكوين ومن آثار ولو تعلق الأمر بعقد تكون أو بدأ تكوينه في ظل القانون القديم، أما الثانية فتترك المجال للقانون القديم الذي يمتد ليحكم آثار العقود التي أبرمت في ظله حتى ولو تحققت هذه الآثار بعد نفاذ القانون الجديد : انظر في عرض ذلك وتأييد الرأي الثاني منصور ص ٢٦٥ و جمعة ص ص ١٤٦ : ٢٤٧ وهذا الرأي الأخير يتفق بلا شك مع الحكمة من تقرير الاستثناء .

(٢) المركز العقدي (Situation Contractuelle): وهو المركز الذي يترك المشرع مسألة تنظيمه من حيث التكوين والانقضاء والآثار لإرادة الأفراد . مثال ذلك مراكز البائع والمشتري ، والمؤجر والمستأجر ، والمقرض والمقترض فهي مراكز ينشئها العقد وينظم أحكامها على النحو الذي يتراءى لأطرافه. فإذا صدر قانون جديد معدلاً لأحكام هذه العلاقة محرماً تقسيط ثمن البيع أو ملزماً المستأجر بكل أنواع الترميمات للعين المؤجرة أو موجباً رد القرض في خلال مدة معينة ، فلا شأن للعاقدين به .

ومن ذلك كله يتضح أن النظرية الحديثة لا تقبل إعمال القانون بأثر فوري ومباشر إلا على المراكز القانونية ، أما المراكز العقدية فيحكمها القانون القديم .

ثانياً : تقدير النظرية : ينسب إلى أصحاب النظرية الحديثة فضل توضيح التفرقة بين الأثر الرجعي للقانون وأثره الفوري أو المباشر وجعل نقطة الارتكاز والبداية فيها هو انطباق التشريع الجديد بالنسبة إلى المستقبل دون الماضي وهو مبدأ يحقق أموراً ثلاث هي : نية المشرع ، والوحدة اللازمة للروابط القانونية والاحترام الواجب لمبدأ سلطان الإرادة[٩٨١]. مع ذلك فقد هاجمتها معاول النقد من وجوه ثلاثة هي :

١- عدم تحديد التفرقة بين المركز القانوني والمركز العقدي ، مما يفتح الباب واسعاً أمام الخلاف ويهدر استقرار حلول تنازع القوانين[٩٨٢].

٢- انتفاء المصلحة في إغفال تطبيق القانون الجديد المتعلق بالنظام العام للدولة إرضاء للأفراد فأين المصلحة في القول باستمرار القانون القديم في حكم المراكز العقدية التي تحققت في ظله ولو صدر قانون جديد متعلق بالنظام العام مغير

(٩٨١) البدراوي رقم ١٨٨ ص ٢٨١ ، وخضر رقم ١٩٥ ص ٣٣٤ وتناغو رقم ٢٣٥ ص ٧٠٣ وعبد الباقي ص ص٣١٢ : ٣١٣ .

(٩٨٢) كيره رقم ٢٠١ ص ٣٧١ ، ويحيى ص ١٧٩ وكامل رقم ٨٧ ص ٢٣٥.

لأحكامها؟ [983].

٣- إدراج القوانين التفسيرية ضمن الاستثناءات على مبدأ الأثـر الفـوري أو المباشر للقانون ، فحقيقة الأمر أنه لا يوجد تنازع في هذه الحالة متعلق بالسـريان من حيث الزمان لأن "القاعدة التي تطبق هي القاعدة القديمة وإن يكن تفسيرها قـد تحدد على وجه معين" .

علي أية حال فإن الرأي السائد هو تأييد النظرية الحديثة واحترام تفرقتها بـين المركز القانوني والمركز العقدي على الرغم من أن عظمتها لم تسمح بإعطاء الحل الشافي لبعض المسائل[984]، وسيتضح هذا عند عرضنا لموقف المشرع والقضـاء المصريين ، فقد اضطرا ألا يتمسكا حرفياً بأحكامها تحقيقاً لما يبتغيان من وضـع حلول شافية لمشكلات تنازع القوانين من حيث الزمان .

المطلب الثالث

الموقف المصري من هاتين النظريتين

تقتضي دراسة هذا الموقف التعرض للمبادئ الفقهية والقضائية لحل مشـكلات التنازع من جانب ثم للحلول التشريعية التي أخذ بها المشرع مـن جانـب آخـر ، ونظراً لأن المشرع المصري لم يسلك في وضع هذه الحلول مسلكاً موحداً بل أخذ من فقه النظريتين التقليدية والحديثة ، ما يناسبه ، فسنعرض بداية للمبادئ الفقهيـة في هذا الصدد ثم للتطبيقات التشريعية المصرية .

الفرع الأول

المبادئ الفقهية والقضائية لحل مشكلات

---

(٩٨٣) زكي رقم ١٤٦ ص ٣٤٣ وهذا هو ما دفع البعض إلى القول بغموض بعض تطبيقاتهـا الخاصـة بآثار العقود : العطار رقم ٩٥ ص ٢٠٨.

(٩٨٤) كيره رقم ٢٠١ ص ٢٧٣ .

لخصت محكمة النقض المصرية مذهبها في هذا الشأن الذي استقته من آراء الفقهاء في العبارات الآتية : «من الأصول الدستورية المقررة أن أحكام القوانين لا تسري إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، وأنه لا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ، مما مؤداه عدم جواز انسحاب أثر القانون الجديد على ما يكون قد وقع قبل العمل به من تصرفات أو يتحقق من أوضاع إذ يحكم هذه وتلك القانون الذي كان معمولاً به وقت وقوعها إعمالاً لمبدأ عدم رجعية القوانين ، إلا أن ذلك لا ينتقص من سريان أحكام القانون الجديد على ما يقع منذ العمل به من تصرفات أو يتحقق من أوضاع ولو كانت مستندة إلى علاقات سابقة عليه إعمالاً لمبدأ الأثر المباشر للقانون ، هذا ولئن كان من المقرر استثناءً من هذا المبدأ الأخير ، تحقيقاً للاستقرار في العلاقات التعاقدية ، وتأكيداً لمبدأ سلطان الإرادة في نطاق المشروعية ، سريان أحكام القانون الذي أبرم العقد في ظله على ما يتولد عنه من آثار مستقبلية ولو أدركها قانون جديد ، إلا أن ذلك مقيد بعدم تعلق قواعد هذا القانون الجديد بالنظام العام ، أما حيث تتعلق به فإنها تسري بأثر فوري ومباشر على ما يقع منذ العمل به من تصرفات أو ينشأ من أوضاع بغض النظر عن تاريخ العقد الذي تستند إليه»[٩٨٥].

نخلص من ذلك إلى أن محكمة النقض المصرية [٩٨٦] أخذت بمبدأين وهما عدم

---

(٩٨٥) نقض مدني في ٥ من مايو/أيار سنة ١٩٧٩ (مجموعة المكتب الفني ، س ٣٠ رقم ٢٣٦ ص ٢٨٠) بخصوص عدم رجعية الاكتتاب في سندات الإسكان في ظل القانون ١٥٧ لسنة ١٩٧٦ قبل تعديله بالقانونين ٢ لسنة ١٩٨٢ و ٣٠ لسنة ١٩٨٣ وفي نفس المعنى ، نقض مدني في ٢٧ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٨ ، الطعن رقم ١٣٧٧ س ٥٦ ق (غير منشور) وفي ٩ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٢ ، طعن رقم ٢٠٩٠ لسنة ٦١ ق ، مجلة القضاة ، سنة ١٩٩٤ ، ج١، رقم ٧٨ ص ١٨٠ .

(٩٨٦) كان التقنين المدني الحالي ينص على مثل ذلك فكانت المادة السابعة من مشروعه التمهيدي تنص على أنه "لا يعمل بالنصوص التشريعية إلا من وقت صيرورتها نافذة فلا تسري على ما سبق من الوقائع إلا إذا وجد نص في التشريع الجديد يقضي بغير ذلك أو كان التشريع الجديد متعلقاً بالنظام العام" ثم ألغيت هذه المادة لورود حكمها في الدستور (مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ١ ، ص ٢١٣) .

الرجعية[٩٨٧] والأثر الفوري والمباشر للقانون وتعتبر الأول أصلا عاماً وترى في الثاني استثناء عليه . وهذا كله يستحق بعض التفصيل :

أولاً : عدم رجعية القوانين : تطبيقات : ينص الدستور المصري الصادر سنة ١٩٧١ على أنه «لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبله ، ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب» [٩٨٨].

هذا النص الدستوري[٩٨٩] هو الذي استلهمت منه محكمة النقض المصرية المبدأ الأول الذي تسير عليه في مجال التنازع الزمني بين القوانين بعد أن وضعت له الحدود الآتية :

١- **موضع النص الرجعي** : يقصد بالقانون معناه الأعم فيدخل في هذا المجال أي تشريع سواء كان صادرا من السلطة التشريعية أو من السلطة التنفيذية عملا بالتفويض المقرر لها طبقا للمبادئ الدستورية المتواضع عليها[٩٩٠] . أما ما يطلق عليه اللائحة أو القرار فلا تسري أحكامه إلا على ما يقع من تاريخ صدورها ولا يترتب عليها أثر فيما قبلها إلا إذا كانت صادرة تنفيذاً لقوانين ذات أثر رجعي[٩٩١].

---

(٩٨٧) نوه البعض بصعوبة تطبيق مبدأ الرجعية بمقولة أنه لا توجد في فقه القانون مشكلة أعقد من تلك التي يثيرها مبدأ عدم رجعية القوانين (عرفة ص ١٤٤) .

(٩٨٨) وقد ورد مثل هذا النص في دساتير سنوات ١٩٢٣ (مادة ٢٧) و ١٩٥٦ (مادة ١٨٦) و ١٩٦٤ (مادة ١٦٣) .

(٩٨٩) وهذا النص موجود اليوم في أغلب الشرائع والقوانين الحديثة : مرقس رقم ٩٨ ص ٢٤٣ وكيره رقم ١٨٤ ص ٢٣٩ والوكيل رقم ١٤٠ ص٢٣١ .

(٩٩٠) ويذهب رأي نؤيده إلى أن النص على الرجعية لا يكون إلا بقانون صادر من مجلس الشعب بأغلبية أعضائه في غير المواد العقابية والضرائبية ، دون القوانين التي تصدر في حدود معينة من السلطة التنفيذية لأن موافقة الأغلبية هي شرط لصدور القانون الرجعي الأثر ولا يغني عنها أية موافقة لاحقة : جلال إبراهيم رقم ٢٥١ ص ٤٨٣ .

(٩٩١) نقض مدني في ٢ من يونيه/حزيران سنة ١٩٧٦ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٧ رقم ٢٤١ ص ١٢٦ و٧ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٧٧ ، مجموعة الكتب الفني ، س ٢٨ رقم ٣٠٠ ص ١٧٥٠ ، كما حكم القضاء الإداري في نفس المعنى بقوله «إن هذا الاستثناء مقصور على التشريع الرئيسي (العادي) دون الفرعي . فإذا كان يجوز في حدود ما تقدم أن ينص قانون صادر من السلطة التشريعية على أن يكون له أثر رجعي بصفة استثنائية ، فلا يجوز ذلك للتشريعات الفرعية الصادرة من السلطات التنفيذية لوائح كانت أو قرارات (محكمة القضاء الإداري ، ٢٥ ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٥٠ ، مجموعة أحكام المحكمة ، س ٥ رقم ٣ ص ٣٧ وكذلك المحكمة الإدارية العليا

٢- **تفسير النص الرجعي** : إذا كان هذا النص ورد استثناءً من القواعد العامة التي تقضي بأن القوانين تسري على المستقبل دون الماضي ، فيجب عدم التوسع في تفسيره[٩٩٢].

٣- **تقدير ملاءمة الرجعية** : يستقل مجلس الشعب بذلك في غير المواد الجنائية (والضرائبية) ، وهي سلطة جوازية للسلطة التشريعية تستقل هي بتقدير مبرراتها ودوافعها دون أن يكون للقاضي الامتناع عن تطبيق النصر الرجعي بمقولة أن المشرع لم يلتزم المصلحة العامة فيما قرره[٩٩٣]. خلاصة القول انه لا محل للرجعية إلا بنص صريح[٩٩٤].

وقد نوهت المحكمة الدستورية العليا[٩٩٥] في هذا الشأن بأمر رابع لا يقل أهمية وان اتفق مع البند الأخير فقالت "إن المبدأ الدستوري الذي يقضي بعدم سريان أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يرتب عليها أثراً فيما وقع قبلها ، وإن كان يستهدف أساساً احترام الحقوق المكتسبة ومراعاة الاستقرار الواجب للمعاملات ، إلا أن الدساتير المتعاقبة منذ دستور سنة ١٩٢٣ حتى الدستور الحالي إذا جازت للمشرع استثناء من هذا المبدأ أن يقرر الأثر الرجعي للقوانين - في غير المواد الجنائية - وذلك بشروط محددة ، تكون قد افترضت بداهة احتمال أن يؤدي هذا الاستثناء إلى المساس بالحقوق المكتسبة وآثرت عليها ما يحقق الصالح العام للمجتمع" .

علي أية حال ، فعلي الرغم من أن لمجلس الشعب حق دستوري في القول

في ١١ من فبراير/شباط سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام المحكمة ، س ١ رقم ٥٩ ص ٤٨١) .

(٩٩٢) نقض مدني في ٣ فبراير/شباط سنة ١٩٧٣ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٤ رقم ٤ ص ١٤ وكذلك ٣٠ من مايو/أيار سنة ١٩٦٤ ، مجموعة المكتب الفني س ١٥ رقم ٣ ص ٤٤٢.

(٩٩٣) نقض مدني في ٣١ مارس/آذار سنة ١٩٦٥، مجموعة المكتب الفني ، س ١٦ رقم ٦٦ ص ٤٢٠. تطبيقاً لذلك يملك المشرع تطبيق القانون بأثر رجعي على وقائع فصل فيها بأحكام نهائية ما دام الحكم البات لم يصدر بعد (جلال إبراهيم ، رقم ٢٥٢ ص ٤٧٨) . وانظر تطبيقاً حديثاً لذلك تم بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية (الجريدة الرسمية ، العدد ١٩ مكرراً في ٢٢ من مايو/أيار سنة ١٩٩٦ ص ص ٢ : ٣) .

(٩٩٤) فإذا لم يوجد النص امتنع القول بالرجعية ولو كانت أكثر فائدة : نقض مدني ٢٧ من مايو/أيار سنة ١٩٦٥ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٦ رقم ٧٠ ص ٤٤٢ .

(٩٩٥) المحكمة الدستورية العليا ، ٧ من فبراير/شباط سنة ١٩٨١ ، القضية رقم ٧ س ١ ق (دستورية) ، مجموعة الأحكام والقرارات : المجلد الأول ، سابق الإشارة إليه رقم ٣ ص ١٦٠ وما بعدها .

برجعية القوانين[٩٩٦] في غير المواد الجنائية ، فإننا نري حتمية الاعتدال في تقرير ذلك ، ونعتقد في أن القيود التي أخذت بها محكمة النقض المصرية[٩٩٧] تعد سياجا واقيا من خطورة الرجعية على مصالح الناس وما يجب أن يملأ نفوسهم من ثقة في القوانين بوجه عام[٩٩٨].

ثانيا : الأثر المباشر للقانون على الوقائع والمراكز القانونية التي تقع أو تتم بعد نفاذه :

تطبيقات : أكدت محكمة النقض المصرية على أن القواعد الآمرة في القانون الجديد يجب إعمالها بأثر فوري ومباشر على ما لم يكن قد اكتمل من المراكز القانونية من حيث آثارها وانقضائها[٩٩٩]. ومقتضى ذلك ترك المراكز العقدية

---

(٩٩٦) انظر حكم للمحكمة أكدت فيه الحق الدستوري لمجلس الشعب في غير المواد الجنائية (مادة ١٨٧ من دستور سنة ١٩٧١) في تقرير الرجعية بأغلبية أعضائه :المحكمة الدستورية العليا ، في ٣ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨٢ ، القضية رقم ٣٨ س ٢ ق ، مجموعة الأحكام والقرارات : جـ ٢ سابق الإشارة إليها ، رقم ٧ ص ٣٦ وما بعدها ، وقد حكم بأن القرارات الإدارية لا تنتج أثرها إلا من تاريخ صدورها لأن الأصل عدم المساس بالحقوق المكتسبة والمراكز القانونية التي تمت وتكاملت إلا بقانون ، وبناء على ذلك لا تسري القرارات الإدارية بأثر رجعي ولو نص فيها على هذا الأثر : المحكمة الإدارية العليا ، ٢٣ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨٤ ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة ، س ٢٩ ، رقم ٢٠٣ ص ١٢٧٤ .

(٩٩٧) انظر تطبيقات حديثة أخرى (نقض مدني : ٢٣ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٧ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٨ رقم ٩٧ ص ٥١١ و ٤ من مايو/أيار سنة ١٩٧٨ (طلب رقم ٥ س ٤٧ ق طلبات رجال القضاء) مجموعة المكتب الفني ، س ٢٩ ، رقم ١١ ص ٣٤ و ٥ من مايو/أيار سنة ١٩٨٩ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٠ رقم ٢٣٦ ص ٢٨٠ ، ٧ من فبراير/شباط سنة ١٩٨١ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٢ رقم ٨٣ ص ٤٢٥ ، و ٧ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨١ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٢ رقم ٨٣ ص ٤٢٥ ، و ١٣ من فبراير/شباط سنة ١٩٨٢ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٣ رقم ٩٧ ص ٥٤٢ (ويتعلق الحكم الأخير بعدم رجعية اتفاقية حماية الاستثمارات بين مصر وفرنسا والتي صدرت بقرار جمهوري رقم ١٣١ لسنة ١٩٧٥ ، بوصفها جزءاً من قانونها الداخلي) ونقض مدني في ٢٩ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٨٦ (طعن رقم ١٣٢٨ س ٥١ ق) ، مجلة القضاة س ٢١ (يناير/كانون الثاني – يونيه/حزيران سنة ١٩٨٨) ، سابق الإشارة إليها ، ص ١٤٣.

(٩٩٨) الوكيل رقم ١٤٠ ص ٢٣١ ويشير سيادته إلى انتشار الرجعية في الفترات الثورية لتغيير الأوضاع القديمة وإرساء أسس اجتماعية جديدة ونؤكد مع البعض (جلال إبراهيم رقم ٢٥٠ ص ٤٨٠ هامش رقم ٣ وما بعدهما) أن اللجوء إلى الرجعية يعتبر عنصر استقرار مرغوباً فيه بالنسبة للقوانين التصحيحية (Lois Confirmatives) التي تهدف إلى تصحيح تصرفات وقعت باطلة وفقاً للقانون المطبق وقت إبرامها لتخلف شرط من شروط تطبيقها بدلاً من الاستناد إلى قاعدة الغلط الشائع يولد الحق للقول بصحتها ، وكذلك الحال بالنسبة للقوانين الهادفة إلى محاربة الغش نحو القانون .

(٩٩٩) نقض مدني : ٢٦ من يونيه/حزيران سنة ١٩٧٥ (طلبات رجال القضاء رقم ٢١٠ لسنة ٤٢ ق)، مجموعة المكتب الفني س ٢٦ رقم ١٩ ص ٦٨ ، و ٨ من مايو/أيار سنة ١٩٨٠ ، مجموعة

خاضعة في المستقبل من حيث آثارها وانقضائها لأحكام القانون القديم الذي نشـأت في ظله مادام القانون الجديد لم يتضمن قواعد آمره في هذا الخصوص ، ولا محل لتطبيق هذه القواعد الآمرة إذا كانت المراكز القانونية قد استقرت بحكم نهائي(١٠٠٠).

وقد لخصت المحكمة هذا كله في قولها «الأصل أن القانون يسري بأثر فـوري ومباشر على المراكز القانونية التي تتكون بعد نفاذه سواء في نشأتها أو في إنتاجها آثارهًا أو في انقضائها وهو لا يسري على الماضي فالمراكز القانونية التي نشـأت واكتملت فور تحقق سببها قبل نفاذ القانون الجديد كالميراث تخضع للقانون القـديم الذي حصلت في ظله . أما المراكز القانونية التي تنشأ وتكتمل خلال فترة تمتد في الزمان القديم يحكم العناصر والآثار التي تحققت في ظله ، في حين يحكم القـانون الجديد العناصر والآثار التي تتم بعد نفاذه . ولئن كانت المراكز القانونية الاتفاقيـة تظل خاضعة للقانون القديم الذي نشأت في ظله باعتبار أنه تعبير عـن إرادة ذوي الشأن في نشوئها أو آثارها أو في انقضائها إلا أن هذا مشروط بالا يكون القانون الجديد قد أخضع المراكز القانونية سالفة البيان لقواعد آمرة فحينئذ يطبق القـانون الجديد فوراً على ما لم يكن قد اكتمل نشوءه من عناصرها ، وعلـي آثـار هـذه المراكز الحاضرة والمستقبلة كما يحكم انقضائها» (١٠٠١).

المكتب الفني ، س ٣١ رقم ٢٤٩ ص ١٣١٠ ، و ٢٨ من مايو/أيار سنة ١٩٨٠ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣١ ، رقم ٣٩٥ ص ١٠٨٢ و ٣١ من مايو/أيار سنة١٩٨٠ مجموعة المكتب الفني ، س ٣٣ رقم ٤٦ ص ٢٥٤ وما بعدها . وقد أكدت المحكمة الدستورية العليـا هـذا المعنـى بعبـارات صريحة موجزة مفادها ".. أن الأصل في القاعدة القانونية هو سريانها اعتباراً من تاريخ العمل بهـا على الوقائع التي تتم في ظلها وحتى إلغائها ، فإذا أحل المشرع قاعدة جديدة ، تعين تطبيقها اعتباراً من تاريخ نفاذها ، وإهمال القاعدة القديمة من تاريخ إلغائها ، وبذلك يتحدد مجال إعمال كـل مـن القاعدتين من حيث الزمان ، فما نشأ مكتملاً من المراكز القانونية – وجوداً وأثراً – في ظل القاعدة القديمة، يظل محكوماً بها وحدها "جلسة ٤ من مايو/أيار سنة ١٩٩٦ ، الجريدة الرسمية ، العدد ٩ ، في ١٦ من مايو/أيار سنة ١٩٩٦ ، ص ٨٩٦ وما بعدها) .

(١٠٠٠) نقض مدني (الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية) في ٢٥ مارس/آذار سنة ١٩٨٢ ، مجموعـة المكتب الفني ، س ٣٣ رقم ١ ص ١٦٢٩.

(١٠٠١) نقض مدني في ٧ من فبراير/شباط سنة ١٩٨١ ، مجموعة المكتب الفنـي ، س ٣٢ ، ص ٤٢٥ (سابق الإشارة إليه) . و٧ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٣ ، مجموعة المكتب الفنـي ، س٤٤، رقم ٣٢ ص ١٦٣. وقد أكدت الهيئة العامة للمواد المدنية لمحكمة النقض في ١٢ من مايو/أيار سنة ١٩٩٤ (الطعنان الرقميان ١٥٩٦ ، ٢٠٠١ س ٦٣ق) هذه القاعدة (مجموعة المكتب الفنـي ، س٤١ ج٢ ، ص٥) ، كما قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) في حكم حديث لها في الطعن رقم ٩٣٩٦ لسنة ٦٤ق جلسة ١٦ من يونيه/حزيران سنة ١٩٩٦ (مجلة هيئة قضـايا الدولـة ، العـدد الأول ،

تطبيقا لذلك اعتبرت محكمة النقض القوانين الآتية متعلقة بالنظام العام وواجبة التطبيق بأثر فوري ومباشر على المراكز القائمة عند نفاذها: قوانين الضرائب[1002]، وقوانين الإصلاح الزراعي المحددة للحد الأقصى لملكية الأراضي الزراعية[1003]، وقوانين التسعيرة الجبرية[1004]، وقوانين إيجار الأماكن[1005] وكذلك التشريعات المتعلقة بالقانون العام – فيما عدا ما تضمنته القوانين الجزائية من أحكام خاصة – تسري جميعها بأثر فوري مباشر بما فيها التشريعات التي تنظم علاقة الموظف بالسلطة العامة وتحدد مخصصاته من مرتبات وعلاوات ومكافآت ، سواء في ذلك[1006] تعلقت هذه التشريعات بالعاملين المدنيين في الدولة بصفة عامة أم

س٤١، يناير/كانون الثاني – مارس/آذار سنة ١٩٩٧ ص ص١٥١ : ١٥٢) بأن من الأصول الدستورية المقررة أن أحكام القوانين لا تسري إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا تنعطف أثارها على ما وقع قبلها ، بما مؤداه عدم جواز انسحاب تطبيق القانون الجديد ما يكون قد وقع قبل العمل به من تصرفات أو تحقق من أوضاع إذ يحكم هذه وتلك القانون الذي كان معمولاً به وقت وقوعها إعمالاً لمبدأ عدم رجعية القوانين ، إلا أن ذلك لا ينتقص من سريان أحكام القانون الجديد على ما يقع منذ العمل به من تصرفات أو يتحقق من أوضاع ولو كانت مستندة إلى علاقات سابقة عليه إعمالاً لمبدأ الأثر المباشر للقانون .

(١٠٠٢) نقض مدني: ٨ من مارس/آذار سنة ١٩٦٧ مجموعة المكتب الفني، س ١٨رقم ٩١ ص ٥٨١ و١٧ من مارس/ آذار سنة ١٩٧١ ، مجموعة المكتب الفني، س ٢٢ رقم ٥١ ص ٣١٧ (بشأن الضريبة العامة على الإيراد) و ٦ من فبراير/شباط سنة ١٩٧٤ ، مجموعة المكتب الفني، س ٢٥ رقم ٤٩ ص ٢٩٩ (بشأن ضريبة التركات) .

(١٠٠٣) نقض مدني في ٣٠ من أبريل/نيسان سنة ١٩٦٤ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٥ رقم ٩٣ ص ٥٧٧ .

(١٠٠٤) نقض مدني في ١٢ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٦٣ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٤ رقم ١٦٣ ص ١١٣٩.

(١٠٠٥) في هذا المقام قضت الهيئة العامة للمواد المدنية في ١٢ من مايو/أيار سنة ١٩٩٤ (مجموعة المكتب الفني ، س٤١ ج٢ ص ٥) (سابق الإشارة إليه) إلى أن تعلق أحكام القانون بالنظام العام لا يجاوز أثره أن تسري أحكامه على ما يستجد من أوضاع ناتجة عن علاقات تعاقدية أبرمت قبل نفاذه ما دامت آثارها سارية في ظله إذ تخضع هذه الآثار لأحكام القانون الجديد تغليباً لاعتبارات الصالح العام التي دعت إلى إصداره على حق المتعاقدين في تحديد التزاماتهما وحقوقهما التعاقدية الحال منها والمستقبل على السواء .

(١٠٠٦) وذلك باعتبار التشريع الجديد أصلح من التشريع السابق في تحقيق المصلحة العامة : نقض مدني في ٢٢ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٦٦ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٧ رقم ٢١٢ ص ١٥١٨.

كانت تتعلق بهيئات معينة من العاملين الذين تنظمهم قوانين خاصة(١٠٠٧).

الفرع الثاني

الحلول التشريعية لمشكلات التنازع الزماني بين القوانين : تطبيقات

أورد المشرع عدة حلول لمشكلات التنازع بين القوانين من حيث الزمان ونعرض هنا لأهم هذه الحلول في مجالات القانون المدني وقانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون العقوبات .

أولا : الحلول التشريعية الواردة في القانون المدني : تتعلق هذه الحلول بالمسائل الآتية : الأهلية والتقادم والفوائد والإثبات . ونتعرف في هذا المقام على كل مسألة من هذه المسائل على حدة :

١- الأهلية : نصت المادة ٦ من التقنين المدني على أن النصوص المتعلقة بالأهلية تسري على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في هذه النصوص ، فإذا عاد شخص توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة ناقص الأهلية بحسب نصوص جديدة فيرون أن ذلك لا يؤثر على تصرفاته السابقة(١٠٠٨). ومفاد ذلك أن المشرع يفرق بين أمرين أولهما هو مركز الشخص أما الثاني فهو حكم تصرفاته:

أ- مركز الشخص : تسري النصوص المتعلقة بأهلية الأداء من وقت العمل بها ومؤدي هذا أن تلك النصوص ترد من كان يعتبر رشيد إلى حالة القصر فيما لو رفعت سن الرشد مثلاً وتدخل من كان يعتبر قاصراً في ظل القانون القديم في عداد الراشدين فيما لو خفضت السن(١٠٠٩).

وهنا نتساءل هل يتفق هذا الحل مع النظرية التقليدية أم النظرية الحديثة ؟

واقع الأمر يقتضي أن نفرق بين حالتين وهما حالة رفع سن الرشد وحالة

(١٠٠٧) انظر كتاب "التنازع بين قوانين إيجار الأماكن في الزمان"، للأستاذ الدكتور سمير كامل ، القاهرة سنة ١٩٨٦ وتعليق الإهواني على موقف محكمة النقض في هذا الشأن رقم ٤٨٣ : ٤٨٨.

(١٠٠٨) تقابل هذه المادة السابعة من مشروع التقنين المدني الجديد المطابق لأحكام الشريعة الإسلامية .

(١٠٠٩) مجموعة الأعمال التحضيرية ، المجلد الأول ، ص ٢١٥.

خفض هذه السن

(١) حالة رفع سن الرشد : هل يعد سريان القانون الجديد بأثر فوري ومباشر على الأشخاص الموجودين عند صدوره تنفيذاً من المشرع المصري لتعاليم النظرية التقليدية أم النظرية الحديثة ؟

في **النظرية التقليدية** : يتفق الحل الذي قدره المشرع المصري مع فكرة الحق المكتسب ، فيجوز للقانون الجديد أن يمس الحقوق المكتسبة القائمة إذا تعلق بالنظام العام وفقا للاستثناء الوارد على قاعدة عدم رجعية القوانين .

في النظرية الحديثة : يتفق الحل الذي قرره المشرع المصري مع رأي نفـر من أنصار النظرية الحديثة استناداً إلى أن المشرع وإن كان لا يملـك المسـاس بمركز القاصر الذي تكون وانقضى في ظل القانون القديم إلا أنه يملـك المسـاس بمركز القاصر كرشيد بالنسبة للمستقبل[١٠١٠] دون الماضي[١٠١١].

(٢) حالة خفض سن الرشد : هل يعد خفض سن الرشد بموجب قانون متفقا مع النظرية التقليدية أم الحديثة ؟

في النظرية التقليدية : يتفق الحل المصري مع منطوق النظرية ، باعتبار أن تطبيق القانون الجديد لا يصطدم بأي حق مكتسب .

في النظرية الحديثة : يتفق الحل المصري مع منطوق النظرية ، باعتبـار أن مركز القاصر لم يكتمل بعد عند صدور القانون الجديدة . فيكتمـل هـذا المركـز

(١٠١٠) كيره رقم ٢٠٥ ص ٣٨١ ويصل إلى هذا الرأي فريق آخر من أنصار النظرية الحديثة بمقولة أن مركز الشخص كقاصر قد استكمل تكوينها نقضي في ظل القانون القديم ولا يمكن للمشرع أن ينـال منه فيرد الرشيد قاصراً إلا بنص صريح على الرجعية ، وهذا ما فعله المشرع المصري : انظـر في عرض ذلك سلامة رقم ١١٤ ص ٢٥١.

(١٠١١) يعترض على هذه النتيجة بأن فيها نوع من التجاوز لقياسها مع الفارق مركز الراشد على مركـز القاصر، فإذا كان القانون الجديد يمكن أن يمس مركز القاصر بتقرير رشده فهـو يمكنـه أن يمـس مركز الرشيد بتقرير قصره ، فمركز القاصر ينتهي بالرشد ومركز الرشد مستقر بالفعل ، ولا ينال من استقراره أن ينقضي بالوفاة لأن الوفاة تنقضي بها جميع مراكز الشخص مع شخصيته . خلاصة القول أن مركز الراشد المستقر لا يجب أن يقاس على مركز القاصر المتطور والذي ينتهي بالرد ، بمعنى أن القانون لا يجب أن يمس بحالة الرشد إلا بنص صريح : سلامة رقـم ١١٣ ص ٢٥٢ (حيث ينتهي سيادته إلى وصف محاولة رد المادة ١/٦ من القانون المدني المصـري إلـى منطـوق النظرية الحديثة . وليس إلى الاستثناء الوارد عليها وهو النص الصريح على الرجعية . بأنها محاولة غير مقنعة) .

بصدور القانون الجديد .

ب- حكم تصرفات الشخص : «دعوة الشخص إلى حالة القصر بمقتضى قانون جديد بعد أن اعتبر رشيدا تحت سلطان التشريع القائم لا تؤثر في صحة التصرفات التي صدرت منه في ظل هذا التشريع ، فهذه التصرفات لا يجوز الطعن عليها بسبب نقص الأهلية متي كان العاقد كامل الأهلية وقت انعقادها إذ أن القانون الجديد يعيد الأشخاص إلى حالة القصر بالنسبة إلى المستقبل فحسب» [١٠١٢].

هنا نتساءل هل يتفق هذا الحل مع النظرية التقليدية أو النظرية الحديثة ؟

في النظرية التقليدية : يتفق الحل المصري مع منطق هذه النظرية القاضي بعدم المساس بالحقوق المكتسبة .

في النظرية الحديثة : يتفق الحل المصري مع منطق هذه النظرية باعتبار أن القاصر كان يتمتع بمركز قانوني مكتمل التكوين في ظل القانون القديم ، وليس من شأن تطبيق القانون الجديد سوي إعادة الشخص - دون تصرفاته - إلى حالة القصر . فالحل المصري يقوم على احترام المراكز القانونية التي تم تكوينها في ظل القانون القديم[١٠١٣].

نخلص من ذلك أن موقف المشرع في حالتي رفع سن الراشد وخفضه يتفق بوجه عام مع فقه النظريتين التقليدية والحديثة .

٢- التقادم : تنص المادة السابعة من القانون المدني على أن تسري النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم[١٠١٤] من وقت العمل بها على كل تقادم[١٠١٥] لم يكتمل[١٠١٦]،

(١٠١٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ١ ص ص٢١٦ : ٢١٧ .

(١٠١٣) كيره رقم ٢٠٥ ص ٣٨٢ والإهواني رقم ٤٣٨ ص ٣٩١ .

(١٠١٤) تقابلها المادة الثامنة من المشروع الجديد للتقنين المدني المطابق لأحكام الشريعة الإسلامية مع ملاحظة أن المشروع الجديد استبدل فكرة عدم سماع الدعوى بفكرة التقادم مراعاة للقاعدة الشرعية التي تقضي بعدم سقوط الحقوق بمضي الزمن وإنما لا تسمح الدعوى بها (المذكرة الإيضاحية للمشروع) . وهنا نلاحظ أن عدم سماع الدعوى لن يحسم النزاع حول الحق نفسه حيث يظل معلقاً ؟.

(١٠١٥) يستوي في ذلك أن يكون تقادما مسقطا للحق أو مكسبا له .

(١٠١٦) فإذا كانت مدته قد اكتملت وفقا للنصوص القديمة قبل العمل بالنصوص الجديد فلا محل للاستناد إلى الحكم المستحدث الوارد في عجز المادة الثانية منه والذي يقضي ببدء التقادم من تاريخ آخر : نقض مدني ٢٤ من فبراير/شباط سنة ١٩٦٦ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٧ رقم ٥٩ ص ٤٢٥.

على أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه ، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة . وأضافت المادة الثامنة من القانون نفسه مفسرة : «إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم اقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك ، أما إذا كان الباقي من المدة التي ينص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد فان التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي » ويقتضي تحليل هذا الموقف التشريعي بيان حكم مدة التقادم وبدء ووقف وانقطاع سريانه .

(١) مدة التقادم : فرضان : نفرق هنا بين فرضين وهما تطويل المدة وتقصيرها:

(أ) تطويل المدة : تستمر مدة التقادم السارية حتى تستكمل المدة المنصوص عليها في القانون الجديد .

وهذا الحل يتفق مع النظرية الحديثة باعتبار أن المركز القانوني لواضع اليد لم يكتمل بعد.

(ب) تقصير المدة : نفرق في هذا الشأن بين حالتين وهما الحالة التي تكون فيها المدة الجديدة أقصر من المدة الباقية وفقا للقانون القديم ، والحالة التي تكون فيها المدة الجديدة أطول من المدة الباقية وفقا للقانون القديم وذلك على التفصيل الآتي :

– **المدة الجديدة أقل من القدر المتبقي من المدة القديمة** : مثال ذلك أن تكون المدة الجديدة عشر سنوات والمدة القديمة هي عشرون سنة والقدر الذي انقضى بالفعل منها هو سبع سنوات، فتكون مدة التقادم الجديدة وهي عشر سنوات أقل من مدة التقادم المتبقية وفقا للقانون القديم وهي ثلاث عشرة سنة؟

الحل الذي أخذ به المشرع هو إهدار الجزء السابق سريانه من هذه المدة واحتساب مدة جديدة من تاريخ العمل بالقانون . وهذا الحل يتفق مع فقه النظرية الحديثة باعتبار أن المركز القانوني لم يكتمل تكوينه بعد في هذه الحالة[١٠١٧].

(١٠١٧) حجازي رقم ٥٣١ ص ٦٤٢ وحكمة الحل المصري تكمن في عدم مفاجأة من يسري في حقه التقادم بأن المدة المتبقية هي المدة الجديدة مخصوما منها ما انقضي بالفعل منها في ظل القانون القديم ، (يحيي ص ١٨٨ وسلامة رقم ١٤ ص ٢٥٥) . وبيان ذلك أن القدر المتبقي سيكون مدة

- **المدة الجديدة أطول من القدر المتبقي من المدة القديمة :** مثال ذلك أن تكون المدة الجديدة هي خمس عشرة سنة والمدة القديمة هي عشرون سنة مضى منها عشر سنوات ، فتكون مدة التقادم الجديدة وهي خمس عشر سنة أطول من المدة المتبقية وفقا للقانون القديم وهي عشر سنوات (٢٠ - ١٠ = ١٠ سنوات) ؟

الحل الذي أخذ به المشرع هو انطباق القانون واستكمال المدة التي كان يحددها وهي عشرون سنة (ليصبح الباقي عشر سنوات) دون المدة الجديدة وهي خمس عشرة سنة كاملة تسري من تاريخ تطبيق القانون الجديد احتراماِ لرغبة المشرع في تقصير هذه المدة لانعدام عنصر المفاجأة بالنسبة لمن يسري في حقه التقادم ، والمشرع بذلك يحترم فقه النظرية الحديثة ويري إعمال مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون خضوعاً منه لاعتبارات يراها أكثر منطقية[١٠١٨] وحتى تتضح التفرقة بين الحالتين السابقتين نعرض الجدول الآتي [١٠١٩]:

الحالة	المدة الجديدة	المدة القديمة	المدة المنقضية	لمدة المتبقية من المدة القديمة	الحكم
الأولى	١٠	٢٠	٧	١٣ (٢٠ - ٧)	تطبيق المدة الجديدة فتحسب مدة عشر سنوات من تاريخ

التقادم الجديدة - المدة التي انقضت بالفعل أي ١٠ - ٧ = ٣ سنوات فقط بعد أن كان من يسري في حقه التقادم عالما بأن المتبقي له وفقا للقانون القديم هو (٢٠ - ٧ = ١٣ سنة) لذا نطبق عليه المدة الجديدة وهي عشر سنوات . ولا شك أن المفاجأة ستكون أشد إذا اعتدينا بالمدة القديمة عند تطبيق المدة لجديدة إذ قد تكون المدة التي انقضت تفوق المدة الجديدة فيجد من يسري في حقه التقادم حقه قد سقط بمجرد صدور القانون الجديد (الإهواني رقم ٤٤٥ ص ٣٩٦) .

(١٠١٨) سلامة رقم ١١٤ ص ٢٥٧.

(١٠١٩) يعترض البعض (الوكيل رقم ١٤٩ ص ٢٤٨) على هذا الحل ويقول أنه كان يمكن دون التورط في الأثر الرجعي للقانون الجديد أن نقرر حلا أكثر بساطة من الحل المأخوذ به في التقنين المدني ، ومقتضى هذا الحل هو تطبيق المدة المقررة في ظل القانون الجديد بأثر مباشر ، مع احتساب ما جري من مدة في ظل القانون القديم فإذا كان ما مضي يعادل المدة المقررة في القانون الجديد أو يزيد عنها ، اعتبر التقادم منتهيا منذ نفاذ القانون الجديد . أما إذا كانت المدة جرت أقل مما هو مقرر في القانون الجديد فإن التقادم يكتمل باكتمال المدة المستحدثة (وهذا ما كانت محكمة النقض قد أخذت به في ٢٦ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٣١ ، مجموعة عمر ، جـ١ رقم ٨ ص ١٦). انظر: كمال عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص ١١٢ .

					تطبيق القانون الجديد .
الثانية	١٥	٢٠	١٠	١٠ (١٠ – ٢٠)	تستكمل المدة القديمة فتحسب مدة عشر سنوات فقط من تاريخ تطبيق القانون الجديد لاستكمال المدة القديمة

ويلاحظ أنه إذا كان القانون الجديد يقرر لأول مرة مدة تقادم جديدة مستحدثة فإن هذه المدة لا تنطبق إلا من تاريخ العمل بالقانون الجديد . وعلي هذا الأساس قضت محكمة النقض أنه إذا كان التقنين المدني الحالي نص على سقوط دعاوى البطلان المطلق بمضي خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد وكان هذا العقد مبرما في ظل قانون لا يجعله صحيحاً مهما طال الزمن فإن مقتضى الحكم ببطلان العقد بطلاناً مطلقاً احتساب مدة التقادم المستحدثة من تاريخ العمل بالقانون المدني وهو ١٥ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٤٩ وليس من تاريخ إبرام العقد[١٠٢٠].

٢ – **بدء التقادم ووقفه وانقطاعه** [١٠٢١]: تخضع كل من هذه الأمور للقانون الذي وقعت في ظله ويسري القانون الجديد من وقت صدوره ونفاذه على كل تقادم لم يكتمل:

(ا) فإذا كان القانون القديم يكتفي بالإنذار لانقطاع التقادم وجعل القانون الجديد رفع الدعوى وحده قاطعاً للتقادم ، فلا بد من احترام القانون الجديد ، مع ملاحظة

(١٠٢٠) تتعلق هذه الدعوى بعقد بيع وفائي يستر رهنا : نقض مدني في ٣ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٦٤ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٥ رقم ١٦١ ص ١٠٩١ وانظر أيضا حكم آخر متعلق بمدة التقادم المسقط لدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع التي نص القانون المدني على أن تسري بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر والشخص المسئول عنه : نقض مدني في ٢١ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٦٩ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٠ رقم ١٧٥ ص ١١٢٤ وانظر حكم ثالث متعلق بالضرائب (نقض مدني في ٢٣ من يونيه/حزيران سنة ١٩٦٠ ، مجموعة المكتب الفني س ١١ ص ٤٤٤) .

(١٠٢١) المعروف أن الوقف غير الانقطاع ، فالوقف يوجد بوجود مانع مادي أو أدبي يحول دون سريان مدة التقادم ، أما الانقطاع فيكون بمطالبة قضائية أو إنذار أو حجز إداري أو أي إجراء آخر قاطع الدلالة على قبول الحق . فإذا انتهي الوقف أضيفت المدة السابقة عليه إلى المدة اللاحقة لاستكمال مدة التقادم ، أما انتهاء الانقطاع فيترتب عليه بدء احتساب مدة جديدة من تاريخ انتهاء الانقطاع .

أنه إذا كان صاحب الحق قد أنذر واضع اليد قبل صدور ونفاذ القانون الجديد فإن الإنذار يعد كافيا لقطع التقادم لأنه تم في ظل قانون يسمح بذلك .

(ب) وإذا كان القانون القديم يجعل من الغيبة مانعاً للتقادم ثم ألغى القانون الجديد ذلك، فإن هذه المدة تحتسب ضمن مدة التقادم إذا كانت مدة الغيبة قد وقعت في ظل القانون الجديد ، أما إذا وقعت في ظل القانون القديم فلا تحتسب ضمن مدة التقادم .

وهذا المنطق يتفق مع منطق النظرية الحديثة لأن كل من البدء والوقف والانقطاع وقائع ذات قيمة ودلالة قانونية خاصة يتعين تطبيق القانون الذي وقعت في ظله عليها.

(جـ) الإثبات : تسري في شأن الأدلة التي تعد مقدماً النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل، أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده (مادة ٩ من التقنين المدني) [١٠٢٢] ومفاد ذلك أن علاقة المديونية التي تنشأ في ظل قانون يجعل إثبات ما يزيد على عشرين جنيها يكون بالكتابة ، تظل محكومة بهذا القانون ولو صدر قانون جديد يكتفي بشهادة الشهود في إثباتها . كذلك الحال إذا كان المشرع يكتفي بورقة عرفية لإثبات علاقة قانونية معينة ثم صدر قانون جديد يتطلب في هذه الورقة أن تكون رسمية ، حيث تقبل الورقة العرفية في إثبات هذه العلاقة[١٠٢٣].

(١٠٢٢) نصت المادة ١٠ / ٢ من المشروع الجديد للتقنين المدني على أنه تسري في شأنه القرائن القانونية المنصوص المعمول بها في الوقت الذي تم فيه العمل أو الحادث الواجب توافره لقيام القرينة . وورد في المذكرة الإيضاحية للنص أن هذه المادة كانت قد وردت في المادة ١٩ من المشروع للتقنين المدني الحالي ولكنها حذفت في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليها ، غير أنه من المفيد إضافة هذه الفقرة لأن وظيفة القرينة القانونية هي تخفيف عبء الإثبات فيكون ثبوت هذه الأخيرة دليل على ثبوت الأولي ومن ثم فإن القرينة القانونية لا تختلف في الجوهر عن الأدلة المهيأة التي تناولتها الفقرة الأولي . وقيل في تبرير هذا النص من الوجهة الشرعية أنه يتفق مع القاعدة الشرعية التي تقضي بأن الشخص إنما يكلف طبقا للخطاب القائم وقت العمل أو التصرف الصادر منه . وانظر حكم محكمة النقض المصرية في ١٤ من مايو/أيار سنة ١٩٦٤ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣ الذي انتهت فيه المحكمة إلى رفض أعمال قرينة قانونية مستحدثة بأثر رجعي على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدني القائم .

(١٠٢٣) يقرر هذا النص كما لاحظ البعض بحق حكما معقولا ومنطقيا (البدراوي رقم ١٩٣ ص ٩٥ ، والإهواني رقم ٤٥٠ ص ٤٠٠) وكان يمكن الأخذ به بغير نص فليس متصورا أن يلتزم من يضطر إلى إعداد دليل وقت إبرام التصرف لإثبات ما ورد به إلا بأن يعده وفقا للقانون المعمول به

وهذا الحل يتفق مع النظرية الحديثة فالإثبات هنا إما أن يعد عنصرا من عناصر التكوين التي تمت في الماضي يحكم المنازعة بشأنه القانون الذي تمت في ظله ، وأما ألا يعد عنصرا من عناصر تكوين مركز الدائن فلا تخضع المنازعة القضائية بشأنه للقانون الجديد احتراما لمبدأ عدم رجعية القوانين . وفي الحالتين يخضع دليل الإثبات(١٠٢٤) للقانون الذي أعد أو كان ينبغي إعداده في ظله .

(د) الفوائد : يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد ، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة ، فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة وتعين رد ما دفع بالزيادة على هذا القدر (مادة ٢٢٧ /١من القانون المدني) (١٠٢٥) هنا يثور التساؤل حول توقيت سريان هذا النص : هل يسري على التعاقدات اللاحقة عليه أو السابقة واللاحقة عليه في آن واحد ؟

وقت إعداد هذا الدليل أو في الوقت الذي كان يجب فيه إعداده . فكيف يطلب منه أن يعد دليله وفقا لحكم قانون لم يصدر بعد وليس لديه علم بحكمه (جمعه ص ٢٥٤) .

(١٠٢٤) ويسمى بالدليل المهيأ في هذا المقام (preuve preconstituee) :كيره رقم ٢٠٧ ص ٣٨٦ ، وفرج رقم ٢١٩ ص ٣٦٥ وبدير ص ٢٦٦ .

(١٠٢٥) يقتصر تطبيق هذا النص على الفوائد الاتفاقية فحسب بطبيعة الحال لذا فقد استثنى المشرع الفوائد المصرفية من هذا الحد الأقصى فأجاز للبنك المركزي أن يحدد سعر الفائدة الدائنة والمدينة بدون التزام بالحد الأقصى الوارد في القانون المدني : (قانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥) في شأن البنك المركزي والجهاز المصرفي (الجريدة الرسمية ، ع ٣٩ ، ش٢٥ من سبتمبر/أيلول سنة ١٩٧٥ وقد أصدر رئيس الجمهورية قراره رقم ١٨٧ لسنة ١٩٩٣ باللائحة التنفيذية لقانون البنوك والائتمان (الجريدة الرسمية ، العدد ٢٠ في ٢٠ من مايو/أيار سنة ١٩٩٣) . وعلي هذا الأساس حكمت محكمة النقض بأن قرض المصارف يعد عملاً تجاريا بالنسبة للمصرف وللمقترض مهما كانت صفته أو الغرض الذي خصص له القرض (٣١ من مارس/ آذار سنة ١٩٨٣ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٤ رقم ١٧٩ ص ٨٧٣) وإن مفاد ذلك عدم خضوع الفوائد المتفق عليها بشأنه للحد الأقصى الوارد في القانون (انظر في نفس المعنى ، نقض مدني ٢٧ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨٣ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٤ ، رقم ٢٩٠ ص ١٤٨٠ ، كما حكم بأن جميع أعمال البنوك ومن بينها إصدار خطاب الضمان تعتبر عملاً تجارياً ولو تمت بصفة منفردة لصالح شخص غير تاجر : نقض مدني في ١٣ من أبريل/نيسان سنة ١٩٨١) مجموعة المكتب الفني ، س ٣٢ ، رقم ٢٠٨ ص ١١١٥ . ونؤكد في هذا الصدد عدم جواز تحميل طرف أجنبي عن العقد بين المقرض – وهو البنك في هذه الحالة – والمقترض قيمة الفوائد الاتفاقية المستثناة من الحد الأقصى المنصوص عليه في القانون المدني .

وردت إجابة صريحة عن هذا التساؤل في مذكرة المشروع التمهيـدي لهـذا النص فنوه واضعها بأنه من البديهي أن أثر هذا التخفيض لا يستند إلى الماضـي ، فيظل السعر المقرر بمقتضى النصوص الحالية قائماً إلى تاريخ العمل بأحكام التقنين الجديد. أما بعد هذا التاريخ فتنطبق الأحكام الخاصة بالسعر الجديد حتـى بالنسـبة للعقود التي تمت من قبل ، اتفاقية كانت الفوائد أو قانونية[١٠٢٦] ومن ذلك يتجلى لنا وضوح الحكم القانوني ، فإذا أبرم عقد قرض بفائدة ٨ % ثم صدر قـانون جديـد يجعلها ٧ % فإنه لا يؤثر على ما استحق من فوائد سابقة على نفاذه ، أما بعد نفاذه فإن الفائدة تصبح ٧%.

تتفق هذه النتيجة مع النظرية التقليدية إذا اعتبرنا أن القـوانين المحـددة حـداً أقصى للفوائد من النظام العام كما هو الحال في ظل تشريعنا المصري[١٠٢٧]. كمـا توافق النظرية الحديثة إذا قلنا أن تحديد سعر الفائدة ناتج عن مركز تعاقدي ، وإن هذا المركز يخضع للقانون الجديد بأثر فوري ومباشر لتعلقه بالنظـام العـام[١٠٢٨]. ونؤكد أن هذين التخريجين ليسا محل إجماع كل أنصار النظريتين بل هما يمـثلان

(١٠٢٦) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٨٤ .

(١٠٢٧) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٨٣ . وقد أصبح القول محل شك كبير بعد تعاقب القوانين التي خرجت على هذه القاعدة ، ونذكر في هذا المقام : قانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ وقـانون رقـم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بشأن الضرائب على الدخل الذي أعفي من الضريبة فوائد السندات التي تصدرها الشركات المساهمة المصرية التابعة للقطاع العام أو الخاص بما لا يزيد على الفائدة التـي يقررهـا البنك المركزي المصري على الودائع لدى البنوك لآجال تساوي آجال السندات ... ، والقانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٥ الخاص بشهادات الاستثمار والذي خول لوزير الاقتصاد تغيير سعر الفائدة الخاص بها، والقانون المماثل الخاص بدفاتر التوفير ، والقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٨ الـذي يجيـز للشـركات المساهمة إصدار صكوك للتمويل وفقا لسعر الفائدة الذي يتحدد بالاتفاق بين كل من هيئة سوق المال والبنك المركزي . وجدير بالذكر أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع (فتـوى رقـم ١٩١ صادرة في ١٧ من فبراير/شباط سنة ١٩٩٠ ، ملف رقم ٣٧٧/٢/٤٧) انتهت إلى معاملة كـل مـن السندات وصكوك التمويل ذات المعاملة الضريبية لانتفاء العلة من المغايرة في الحكم. فنفهم من ذلك كله أن المادة ٢٢٧ من التقنين المدني لم تعد متعلقة بالنظام العام وهو ما يؤكده حكم حديث لمحكمـة النقض أفصح فيه عن أن سبب الحظر الوارد في هذه المادة هو " اعتبـارات النظـام العـام التـي تستوجب حماية الطرف الضعيف في العقد من الاستغلال " نقض مدني ، ٤ من أبريل/نيسان سـنة ١٩٨٨ ، مجموعة المكتب الفني ، س٣٩ ، رقم ١١٨ ص ٦٠٤ ، وإن كان هذا الحكم قد انتهي إلى اعتبار كل فائدة تزيد على الحد الأقصى التشريعي باطلة بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الإجازة ما لـم يـرد نص تشريعي مخالف مثل نص المادة ٧/د من قانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ سالف الذكر .

(١٠٢٨) يلاحظ البعض أن إعمال الأثر المباشر للقانون الجديد على الآثار الجارية للعقود السـابقة إبرامهـا هو، في نفس الوقت ، تطبيق لهذا القانون بأثر رجعي على هذه العقود وإن كانت هذه الرجعية مخففة حسب تعبير Roubier : انظر في تفصيل ذلك تناغو رقم ٢٤١ ص ٧٢٤ : ٧٢٥ .

رأي جانب في كل منهما[١٠٢٩].

ثانيا : الحلول التشريعية الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية : يتبني المشرع مبدأين في هذا الصدد وهما الأثر الفوري للقانون وعدم رجعيته ، ويرتب استثناءات على المبدأ الأول للحد من غلوائه .

١ – **الأثر الفوري لقانون المرافعات المدنية والتجارية :** تنص المادة الأولي من هذا القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على أنه "تسري قوانين المرافعات على ما لم يكن فصل فيه من الدعاوى أو ما لم يكن قد تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها" مع ذلك فقد أوردت هذه المادة نفسها استثناءات ثلاث في هذا الصدد تتعلق بالقوانين المعدلة للاختصاص والمعدلة للمواعيد والقوانين المنظمة لطرق الطعن :

ا – **القوانين المعدلة للإختصاص :** تستثني هذه القوانين من مبدأ الأثر الفوري "متي كان تاريخ العمل بها بعد إقفال باب المرافعة في الدعوى" . ومقتضى ذلك ألا ينزع الاختصاص من المحكمة ولو صدر قانون جديد معدل لهذا الاختصاص مادام تاريخ العمل به لاحقاً على إقفال باب المرافعة وحجز الدعوى للحكم " ويقصد بالقوانين المعدلة للاختصاص في هذا الشأن "تلك التي تغير الولاية القضائية أو الاختصاص النوعي أو القيمي أو المحلي دون القوانين التي تلغي محكمة أو تزيل

(١٠٢٩) ويقبل البعض التفرقة بين فكرة النظام العام في مجال تنازع القوانين وفكرة النظام العام في مجال تكوين العقد ويرى أن خفض الفوائد متعلق بالفكرة الأولي (الإهواني رقم ٤٤٩ ص ٣٩٩) فتنطبق التشريعات المخفضة للفائدة بأثر فوري ومباشر على الآثار المستقبلة للعقود (عكس ذلك مرقس رقم ١١٠ ص ٢٩٣ حيث يقصرها على العقود اللاحقة لنفاذه دون القائمة عند صدوره) وإن كان سيادته يشير إلى أن محكمة النقض تأخذ بعكس رأيه أي الرأي الثابت في المتن (نقض مدني في ٣١ من مايو/أيار سنة ١٩٥٣ ، مجموعة المكتب الفني ، س٤ رقم ١٦١ ص ١٠٢٨ و ٢٧ من يونيه/حزيران سنة ١٩٦٣ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٤ رقم ٦ ص ٨٠) ولو كان قد صدر قبل القانون الجديد حكم يقضي بالفوائد لغاية تمام السداد (نقض مدني في ٢٥ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٥٨ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٩ ، رقم ١١٠ ص ٨٣٩) وانظر تطبيقا حديثا لنفس المحكمة في ٢٧ من فبراير/شباط سنة ١٩٨٢ ، من مجموعة المكتب الفني ، س ٣٢ رقم ٤٦ ص ٢٥٤ حيث نوهت المحكمة بموقف المشرع الذي لم يعد يجعل التخلف عن سداد فوائد الأجرة سببا للإلغاء الذي استجاب فيه للشريعة الإسلامية التي يستنكر اتباعها الربا (وهذا الرأي محل نظر لأن الفوائد التأخيرية ليست فيها أية شبهة مخالفة للشريعة الإسلامية لأنها تطبيقاً لقاعدة لا ضرر ولا ضرار ، حيث أن الأصل أنها تقابل الضرر الذي لحق الدائن من عدم سداد دينه في ميعاده (انظر في ذلك مرجع الزميل أحمد سعد ، سابق الإشارة إليه) .

جهة قضاء" [١٠٣٠].

ب – **القوانين المعدلة للمواعيد** : لا تؤثر هذه القــوانين المعدلــة لمواعيــد المرافعات بأية طريقة ، بالتطويل أو بالتقصير ، على الميعاد الــذي بــدأ ســريانه بالفعل قبل تاريخ العمل بها[١٠٣١].

«أما القوانين التي تستحدث إجراءات أو آثار جديدة عند فوات الميعاد أو عنــد احترامه[١٠٣٢] أو تنص على مواعيد جديدة[١٠٣٣] فيجب إعمالها بأثر فوري» .

جـــ – **القوانين المنظمة لطرق الطعن** : ينطبق هذا الاستثناء على الأحكام التي صدرت قبل تاريخ العمل بهذه القوانين متي كانت هذه القوانين ملغيــة أو منشــئة لطريق من تلك الطرق ومفاد ذلك أن الحكم الذي يصدر قبل تاريخ العمل بقــانون يلغي طريق الطعن بالمعارضة أو الاستئناف يظــل قــابلا للطعــن فيــه بهــذين الطريقــين ، كذلك الحال إذا كان هذا القانون مقرراً لطريق الطعن بالمعارضة أو بالاستئناف في حكم معين لم يكن يقبله أصلا[١٠٣٤]، فهذا القانون لا يؤثر على مــا صدر من أحكام قبل تاريخ العمل به[١٠٣٥]، حيث تظل غيــر قابلــة للطعــن فيهــا

(١٠٣٠) في هذه الحالة يحدث الإلغاء أثره بمجرد نفاذ القانون ما لم ينص القانون على غير ذلــك : نقــض مدني في ١٧ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٧٦ ، مجموعة المكتب الفنــي ، س ٢٧ رقــم ٢٩٧ ص ١٥٩٤ .

(١٠٣١) قصد بهذا الإستثناء القوانين التي تعدل ميعادا كان منصوصا عليه في قانون ســابق مــن قــوانين الإجراءات أما ما لم يكن منصوصا عليه من المواعيد فإنه لا يسري عليه هذا الإستثناء ولــو كــان الميعاد قد قرره الفقه أو القضاء بغير نص عليه في القانون لأن التعديل بقانون لا يرد إلا على نص موجود : نقض مدني في ٢٣ من مايو/أيار سنة ١٩٥٨ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٩ رقم ١٥٠ ص ١٠٠٨ .

(١٠٣٢) نقض مدني في ١٠ من فبراير/شباط سنة ١٩٨١ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣١ رقــم ٨٩ ص ٤٦١.

(١٠٣٣) نقض مدني ، ١٧ من نوفمبر/تشرين الثاني ١٩٧٦ ، مجموعة المكتب الفني ، س٢٧ رقم ٢٩٧ص ١٥٩٤ (سابق الإشارة إليه) .

(١٠٣٤) تطبيقا لذلك حكم بأن إيداع صحيفة الطعن بالنقض دون إيداع الطاعن لصورة من الحكم المطعــون فيه في ظل قانون جديد يشترط ذلك يترتب عليه بطلان الطعن مادام لم يقدم ما ينفي توزيع الجريــدة الرسمية في تاريخ نشر القانون : نقض مدني في ٢٨ من يونيه/حزيران ســنة ١٩٧٨ ، مجموعــة المكتب الفني ، س ٢٩ رقم ٣٠٩ ص ١٥٩٩ (سابق الإشارة إليه) .

(١٠٣٥) نقض مدني في ١٨ من فبراير/شبــاط سنة ١٩٧٥ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٦ رقم ٨٧ ص ٤٢٤. وحكم المحكمة الدستورية العليا في ٦ من فبراير/شبــاط سنة ١٩٩٣ ، مجموعــة الأحكــام، رقم ١٦ ، ص ٢٠٦ .

بالمعارضة أو الاستئناف .

٢ – **عدم رجعية قانون المرافعات** : أفردت المادة الثانية من قانون المرافعات لهذا المبدأ ، فورد فيها " كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحاً في ظل قانون معمول به يبقي صحيحاً ما لم ينص على غير ذلك "[١٠٣٦]. ثم جاءت في فقرتها الثانية بتطبيق لهذا المبدأ ، فنصت على أنه "ولا يجري ما يستحدث من مواعيد السقوط[١٠٣٧] إلا من تاريخ العمل بالقانون الذي استحدثها" .

ويستدعي هذان النصان ملاحظتين وهما :

الأولي : عدم رجعية الإجراء الذي تم صحيحاً في ظل قانون معمول به ، فلابد من تمام الإجراء صحيحاً في ظل هذا القانون[١٠٣٨]. ومعنى ذلك أن إعلان

(١٠٣٦) حكم بأن تخلف الخصم عن اتخاذ إجراء يحصل بالإعلان في الميعاد الذي يحدده القانون يخضع للجزاء المنصوص عليه فيه متي كان الميعاد قد بدأ وانقضي في ظله ولا يغير من ذلك صدور قانون لاحق يلغي أو يعدل هذه الآثار (نقض مدني ، الأول من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٧٩ مجموعة المكتب الفني ، س ٣٠ رقم ٣٢ ص ١٠٥ و ٢٤ من مايو/أيار سنة ١٩٨٧ ، طعن رقم ١٢٦ س ٥٢ ق ، مجلة القضاة ، س ٢١ العدد الأول ، يناير/كانون الثاني – يونيه/حزيران سنة ١٩٨٨) كذلك حكم بأن الدعاوى التي فصل فيها وتمت إجراءاتها قبل العمل بالقانون الجديد لا تخضع لأحكامه ولو لم يكن الحكم نهائياً . وبناء عليه رفضت محكمة النقض سريان القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦ المعدل لقانون المرافعات المدنية والتجارية على الدعاوى المطعون فيها أمام محكمة النقض ما دام المشرع لم ينص فيه صراحة على انطباقه بأثر رجعي استناداً منها إلى توافر المصلحة والصفة في الطاعن وقت صدور الحكم المطعون فيه دون عبرة بزوالها فيما بعد : نقض (الدائرة المدنية والتجارية والأحوال الشخصية) ، ٥ من أغسطس/ آب سنة ١٩٩٦ ، الطعون المقيدة بجدول المحكمة بأرقام ٤٧٥ ، ٤٧٨ ، ٤٨١ لسنة ٦٥ق أحوال شخصية (حكم غير منشور) ص ١٤٤ .

(١٠٣٧) السقوط هو الجزاء الذي يقرره القانون لعدم مباشرة الحق الإجرائي وفقا للقواعد القانونية المقررة في قانون المرافعات مثال ذلك سقوط الحق في الطعن لعدم احترام ميعاد أو سقوط الحق في إبداء الدفوع الإجرائية والشكلية بعد الكلام في موضوع الدعوى : انظر في تفصيل ذلك رسالة الزميل الدكتور أسامة أحمد شوقي المليجي التي قدمها إلى كلية حقوق نيس بفرنسا وحصل بها على درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص سنة ١٩٨٨ تحت عنوان :السقوط في القانون القضائي الخاص /
La déchéance en droit judiciaire privé .

(١٠٣٨) لو لم يكن الحكم الصادر فيه نهائيا (نقض مدني في ٥ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٧٧ ، مجموعة المكتب الفني س ٢٨ رقم ٤٢ ص ١٥٩) ولا يسري ذلك على الأحكام الموضوعية للقانون نفسه (نقض مدني في ٦ من فبراير/شباط سنة ١٩٨٠ ، طعن رقم ٩٦٨ س ٤٨ ق مشار إليه لدى المستشار عز الدين الديناصوري والأستاذ حامد عكاز ، التعليق على قانون المرافعات ، نادي القضاة / القاهرة ، الطبعة الثانية ، سنة ١٩٩٤ ص ٢٢) .

صحيفة الدعوى الذي يتم وفقا للشكل وطبقا للإجراءات الواردة في القانون المعمول به عند القيام به يظل صحيحاً رغم تعديل قانون جديد لشكله أو لإجراءاته . أما إذا كان الإجراء قد تم باطلاً في ظل القانون القديم ، فلابد من إعادتـــه وفقـــا لأحكـــام القانون الجديد .

الثاني : مواعيد السقوط المستحدثة لا تجري إلا من تاريخ العمل بالقانون الذي استحدثها، ومعنى ذلك أن مواعيد السقوط المعدلة تخضع في حساب مدتها للقـــانون الذي بدأ احتسابها في ظله . أما الميعاد المستحدث فيبدأ احتسابه من تاريخ العمـــل بالقانون الجديد وليس من تاريخ الواقعة التي يجعلها هذا القانون الجديد بداية لـــه : فلو نص القانون الجديد على أن حق المدعي في طلب السير في الدعوى المشطوبة يسقط بانقضاء ستة أشهر من تاريخ الشطب ، وكانت هناك دعوى مشطوبة في ظل القانون القديم فإن مدة الستة الأشهر لا تحتسب ابتداء من شطب الدعوى ، ولكـــن ابتداء من نفاذ القانون الجديد(١٠٣٩).

خلاصة القول أن المشرع اختار النظرية الحديثة بالنسبة لقانون المرافعات فأخذ بمبدأيها وهما الأثر الفوري وعدم الرجعية على التفصيل المتقدم .

ثالثاً: الحلول التشريعية الواردة في قانون العقوبـــات : القـــوانين الأصـــلح للمتهم:الأصل لدى المشرع المصري ألا يسري قانون العقوبات إلا على ما يرتكب من أفعال بعد نفاذه ، ومقتضى ذلك ألا يجرم المشرع فعلا كان مباحاً وقت ارتكابه، وألا يشدد العقوبة على فعل كان معاقبا عليه بعقوبة أخف وقت ارتكابه(١٠٤٠). ومـــا هذا إلا تطبيقاً لقاعدة عدم رجعية القوانين العقابية الواردة في الدستور(١٠٤١) وقانون العقوبات المصريين(١٠٤٢).

ولا يعد خروجاً على هذه القاعدة القوانين التفسيرية التي ينسحب حكمها إلـــى

(١٠٣٩) سلامة رقم ١١٨ ص ٢٦٨ .

(١٠٤٠) المرجع السابق ، رقم ٨٨ ص ١٠٥ :١٠٦ وانظر في بيان أصل نشأة مبدأ رجعية القانون الأصلح : حجازي رقم ٥٤٧ ص ٦٥٩ .

(١٠٤١) المادة ٦٦ من دستور سنة ١٩٧١ "لا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفذ القانون" .

(١٠٤٢) المادة ٥ من قانون العقوبات "يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابه" .

تاريخ إعمال القانون العقابي نفسه[١٠٤٣] مادام أنه تفسيري قولاً وفعلاً ولو ترتب على التفسير تشديد العقوبة أو توسعة نطاق التجريم بالنظر إلى التفسيرات التي كانت سائدة قبل صدوره. على العكس إذا أتي القانون المسمي بالتفسيري بقواعد تجريمية أو عقابية جديدة اعتبر نصا جديدا وطبق من تاريخ نشره . مع ذلك فقد أورد المشرع استثناءً على قاعدة عدم الرجعية بالنسبة للقوانين الأصلح للمتهم[١٠٤٤] فإذا صدر قانون جديد مخففا للعقوبة أو معفياً من العقاب على فعل معين ارتكب في ظل قانون آخر طبق بأثر رجعي على المتهم لأنه أصلح له ، أما إذا كان القانون العقابي القديم محدد الفترة فلا يستفيد المتهم من صدور قانون جديد أصلح له .

ويحتاج بيان ذلك إلى التفرقة بين القوانين محددة الفترة والقوانين غير محددة الفترة حتى يتحدد لنا نطاق تطبيق الاستثناء الخاص بالقوانين الأصلح للمتهم :

ا – **القوانين محددة الفترة :** وهي القوانين المؤقتة التطبيق التي يعين الشارع فيها صراحة فترة العمل بها[١٠٤٥]، وقد ورد حكم هذه القوانين في عجز المادة الخامسة التي نصت على أنه "في حالة قيام إجراءات الدعوى أو صدور حكم بالإدانة فيها وكان ذلك عن فعل وقع مخالفاً لقانون ينهي عن ارتكابه في فترة محددة فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير في الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها" ، أما حكمة هذا النص فقد بينتها المذكرة الإيضاحية لقانون العقوبات

(١٠٤٣) نقض جنائي ، ٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٥٩ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٠ رقم ٢٩ ص ١٢٧ .

(١٠٤٤) حكم بأن تعاقب قانونين دون أن يكون الثاني أصلح للمتهم يوجب تطبيق الأول على الأفعال التي وقعت قبل إلغائه : نقض جنائي في ٢٨ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٨٧ ، مجلة القضاة ، س ٢١ العدد الأول ، يناير/كانون الثاني – يونيه/حزيران سنة ١٩٨٨ ، سابق الإشارة إليها ، ص ٥٢ . ويلاحظ أن تقدير صلاحية القانون للمتهم لا ينظر فيه إلى الاعتبار الشخصي في نظر المتهم نفسه بل يجب أن يكون تقدير الصلاحية مبنياً على أساس موضوعي مستمد من القانون نفسه : انظر في التأكيد على ذلك : خضر رقم ١٨٠ ص ٢١٣ هامش رقم (١) والعطار رقم ٩٦ ص ٢١٤ .

(١٠٤٥) أما القوانين التي لا ينص فيها المشرع صراحة على فترة العمل بها وإن كانت مؤقتة بطبيعتها مثل قوانين التسعير ، فهي ليست قوانين مؤقتة وإنما تخضع للإستثناء الخاص برجعية القوانين الأصلح للمتهم : انظر في هذا المفهوم الضيق للقانون المؤقت أو محدد الفترة وعدم جواز التحديد الضمني للفترة : نقض جنائي ، ٢٨ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٤٦ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ٧ رقم ٦٩ ص ٦٣ و ٥ من يونيه/حزيران سنة ١٩٦٧ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٨ رقم ١٤٩ ص ٧٤٤ ، وانظر في نقد هذا المفهوم الضيق : حسني رقم ١٠٣ ص ١٢٥ : ١٢٦ وعبد الباقي رقم ١٧٥ ص ٢٨٨ .

بقولها إنه لا يجوز أن يستفيد المتهم أو المحكوم عليه من مضي المدة التي ينهي فيها القانون عن فعل أو يأمر به وإلا ضاع الغرض المقصود من القانون .

وبيان ذلك أن صدور القانون محدد الفترة كان مقصوداً به مواجهة ظروف معينة بتشريع عقابي ، فإذا انقضت مدتها لم يكن هناك مبرر للقول باستفادة المتهم من إلغاء التشريع ".. إذ لا يعني انقضاؤها تطوراً في السياسية التشريعية ، وإنما كل ما يعنيه مجرد تغير الظروف وما يقتضيه ذلك من تحقيق الاتساق بين الظروف الجديدة والتشريع ، فحيث تنتفي الرجعية لا يكون سبيل إلى القول بها" (١٠٤٦) "والقول بغير ذلك يعد تشجيعاً على ارتكاب ما ينص عليه من جرائم طمعًا في الإفادة من الإعفاء من العقاب عليها وانقضاء آثارها الجنائية بفوات فترة السريان المحدودة لهذا القانون" (١٠٤٧).

ب – **القوانين غير محددة الفترة** : وهي القوانين التي لا تتضمن تحديداً لفترة العمل بها ، وهي تشكل الأصل عند المشرع العقابي ، أما الاستثناء فهو النص الصريح على فترة العمل بها كما رأينا آنفا . وقد أوردت المادة ٣٢/٥ من قانون العقوبات حكم هذه القوانين عند التنازع الزماني بينها وبين قوانين أخرى سابقة ، فميزت بين حالتين(١٠٤٨) استنادا إلى مجرد صدور(١٠٤٩) – وليس نفاذ – القانون

(١٠٤٦) حسني ، رقم ١٠١ ص ١٢٣ وانظر في شأن سريان القوانين الوقتية (قانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٨١ بشأن الأبنية والأعمال التي تمت بالمخالفة لأحكام قانون تقسيم الأراضي المعدة للبناء) في النطاقين الموضوعي والزمني المشار إليهما فيها دون أن يكون لها أن تقيد أحكام القوانين الأخرى القائمة في تاريخ صدورها ومن باب أولي القوانين الصادرة بعدها : المحكمة الإدارية العليا في ٢٠ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٦ ، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا ، المكتب الفني بمجلس ناشر نقابة المحامين / مصر) س ٣٢ ، جـ١ ، رقم ٧٢ ص ٤٦٣ وما بعدها . وجدير بالذكر أن هذا القانون قد عني في المقام الأول حسبما نصت عليه المادة الأولي بمنع إصدار قرارات أو أحكام بإزالة أو هدم المباني والأعمال مخالفة لأحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ في شأن تقسيم الأراضي المعدة للبناء أو الحكم الغرامة لعدم الحصول على ترخيص بناء على المباني والأعمال التي أقيمت فعلاً بالمخالفة لأحكام هذا القانون وذلك في الفترة من ٦ من يوليو/تموز سنة ١٩٦٦ حتى ٣١من يوليو/تموز سنة ١٩٨١ (تاريخ العمل بالقانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٨١) ووقف تنفيذ ما صدر من قرارات أو أحكام عن تلك الأبنية فيما قضت به من إزالة أو غرامة أو تصحيح .

(١٠٤٧) كيره رقم ٢٠٩ ص ٣٩٥.

(١٠٤٨) وهذا الاستثناء واضح من صياغة النصر ، فبعد أن أوضح المشرع أن الأصل هو عدم رجعية القوانين العقابية في الفقرة الأولي من المادة الخامسة، جاءت الفقرتان التاليتان بعد عبارة «مع هذا».

الجديد[1050] وهما : صدور قانون أصلح للمتهم بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا وصدور قانون أصلح للمتهم بعد حكم نهائي يجعل الفعل الذي حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه . ونقوم هنا باستعراض هاتين الحالتين لإبراز مضمون الاستثناء فيهما .

الحالة الأولي :صدور قانون أصلح للمتهم بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائياً : في هذه الحالة نص المشرع على أن القانون الواجب الاتباع أي التطبيق هو القانون الجديد الأصلح للمتهم وليس القانون الذي كان مطبقاً وقت ارتكاب الفعل ، والشرط الوحيد الذي وضعه المشرع في هذا الصدد هو ألا يكون قد صدر حكم نهائي بشأن هذا الفعل ، ونعني بالحكم النهائي في هذا الشأن[1051] الحكم البات الذي

(١٠٤٩) ويتحقق بالقضاء بعدم الدستورية لنص قانوني بعين "معنى القانون الأصلح للطاعن" : تطبيق خاص بشأن عدم دستورية حرمان القاضي من الحكم بوقف تنفيذ عقوبة الغرامة (طعن رقم ٤٩ لسنة ٢٢ق من القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ الحق بالنقض رقم ١١٦ لسنة ١٩٨٣ مادة ١٥٧/قانون الزراعة) : نقض جنائي ، طعن رقم ٢٧٤٩٩ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٧ من مارس/ آذار سنة ٢٠٠١ ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، العدد الثاني ٢ س ٤٥، ،٤ أبريل/نيسان ــ مايو/أيار ٢٠٠٠، ص ص ١٨٦: ١٨٨. تطبيقا لذلك قضي بأن صدور حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية دستورية بتاريخ ٣من أغسطس/ آب سنة ١٩٩٦ بعدم دستورية نص المادة ٢/١٥٦ من قانون الزراعة رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ المعدل بالقانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٨٣ فيما تضمنه من عدم جواز وقف تنفيذ عقوبة الغرامة ".. قد انشأ للطاعن مركزًا قانونيا أصلح بإجازته وقف تنفيذ عقوبة الغرامة المقررة للجريمة، وهو ما لم يكن جائزًا قبل صدور الحكم بعدم الدستورية أنف الذكر ، وكان تقدير مسوغات الحكم بوقف التنفيذ من الأمور الموضوعية التي تدخل في سلطة قاض الموضوع، فإن تعيين نقض الحكم المطعون فيه والإعادة ، حتى تتاح للطاعن فرصة محاكمة من جديد على ضوء الحكم بعدم دستورية (النص) .." : نقض جنائى، طعن رقم ٢٩٩٢ لسنة ٦٤ قضائية في ١٢ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٩، مجلة هيئة قضايا الدولة ، العدد الرابع ، السنة الرابعة والأربعون ، أكتوبر/تشرين الأول ، ديسمبر/كانون الأول سنة ٢٠٠٠ ص ص ١٣٤ : ١٣٥ ، انظر تطبيقا حديثا للهيئة العامة للمواد الجنائية في ١٠ من يوليو/تموز سنة ١٩٩٩ في شأن تطبيق ما ورد في قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ [مادة١/٢] من قانون الإصدار التي نصت على إلغاء المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات اعتبارًا من أول أكتوبر/تشرين الأول سنة ٢٠٠٠ حيث رأت محكمة النقض أن المقصود بتطبيق القانون الأصلح للمتهم من تاريخ صدوره هو جعل عقوبة الحبس تخييرية مع الغرامة وانقضاء الدعوى العمومية بالتصالح وطبقت قصد المشرع فيما عدا ذلك أي شأن بعد نفاذ الأحكام الخاصة بالشيك اعتباراً من أول أكتوبر/تشرين الأول سنة ٢٠٠٠ (المواد ٤٧٢ : ٥٣٩ والمواد ٥٤٠ : ٥٤٩) .

(١٠٥٠) حسني ، رقم ٩٧ ص ١١٨.

(١٠٥١) حسني ، رقم ٩٧ ص ١١٧ ، ويشير سيادته بحق إلى أن الأجدر أن يستبدل بتعبير الحكم النهائي تعبير الحكم البات توحيداً للاصطلاحات في قانون العقوبات من ناحية وقانوني المرافعات المدنية والتجارية من ناحية أخرى إذ يطلق التعبير الأول على الحكم الذي لا يقبل الطعن بالاستئناف ولو كان قابلاً للطعن بطريق غيره ، في حين يطلق التعبير الثاني على الحكم الذي لا يقبل الطعن فيه

لا يقبل طعنا فيه بالمعارضة أو الاستئناف أو النقض[١٠٥٢] ، يستوي فـــي ذلـــك أن يكون قد صدر غير قابل للطعن فيه بها ، أو أن يكون قد صار كـــذلك لانقضـــاء مواعيد الطعن فيه أو لأن طرق الطعن فيه قد استنفدت[١٠٥٣].

الحالة الثانية : صدور قانون أصلح للمتهم بعد وقوع الفعل وبعد الحكـــم فيـــه نهائيا : "لا يوجد سبيل أمام المتهم في هذه الحالة للاستفادة من القانون الجديد إلا إذا كان القانون يجعل الفعل غير معاقب عليه ، وسواء في[١٠٥٤] ذلك أن يكـــون قـــد حذف نص التجريم أو أضاف سبب إباحة[١٠٥٥] أو مـــانع مســـئولية[١٠٥٦] أو مـــانع عقاب[١٠٥٧] يستفيد منه المتهم الذي صدر ضده الحكم النهائي ولو كان غيـــره مـــن المتهمين بنفس الفعل لا يستفيدون من ذلك " ووسيلة استفادة المتهم من هذا القانون الجديد الذي يجعل الفعل غير معاقب عليه هو وقف تنفيذ الحكـــم وانتهـــاء آثـــاره الجنائية[١٠٥٨].

بطريق عادي أو غير عادي وهو المعنى المقصود في قانون العقوبات (انظر في تأييـــد هذا الرأي : مرقس رقم ١٠١ ص ٢٥٩ هامش رقم ١٧٢) .

(١٠٥٢) وغني عن البيان أن كون الحكم قابلاً للطعن بطلب إعادة النظر لا يحول دون وصفه بأنـــه "بـــات" ولكن إذا قبل الطعن فيه فعلاً بهذا الطريق فلا مفر من تطبيق القانون الجديـــد الأصـــلح للمـــتهم : حسني رقم ٩٧ ص ١١٨.

(١٠٥٣) حكمت محكمة النقض بأحقيتها في نقض الحكم من نفسها والقضاء بالبراءة إذا تعلق الأمر بصدور قانون أصلح للمتهم : نقض جنائي في ٣٠ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٧٤ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٥ رقم ١٩٥ ص ٨٩٢ وانظر تطبيقات أخرى لهذا الاســـتثناء : نقـــض جنـــائي أول أبريل/نيسان ســـنة ١٩٧٤ ، مجموعـــة المكتـــب الفنـــي ، س ٢٥ رقـــم ٧٨ ص ٣٦١ و ٣ مـــن يونيه/حزيران سنة ١٩٧٤ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٥ رقم ١١٦ ص ٥٣٨.

(١٠٥٤) حسني رقم ١٢٠.

(١٠٥٥) «سبب الإباحة هو عنصر الركن الشرعي للجريمة فلا يوصف الفعل بأنه غير مشروع إلا إذا ثبت أنه لا يخضع لسبب إباحة» : (حسني رقم ١٤٨ ص ١٥٩) ومثاله الدفاع الشرعي .

(١٠٥٦) مانع المسئولية هو الحالة التي تتجرد فيها الإرادة من القيمـــة القانونيـــة فلا يعتـــد بها القانـــــون ولا تصلح محلاً للوصف الإجرامي ولا يتوافر بها الركن المعنوي للجريمـــة (حسني رقم ٥٦١ ص = = ٥٤٠) ومثاله الجنون وصغر السن أو عاهة العقل والغيبوبة الناشئة عن سكر اختياري والإكراه وحالة الضرورة .

(١٠٥٧) مانع العقل هو مانع يقدر المشرع لاعتبارات المنفعة العامة وجوب استفادة مرتكب الفعل الإجرامي منه ومثاله زواج الخاطف بالمخطوفة زواجاً شرعياً (مادة ٢٩١ من قانون العقوبات) ، وهو مـــانع ألغي بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٩(الجريدة الرسمية ، العدد ١٦ تابع في ٢٢ من أبريل/نيســـان ســـنة ١٩٩٩ ص ٢) .

(١٠٥٨) فإن كان محبوساً وجب الإفراج عنه ، وإن كان محكوماً عليه بالغرامة لم تجز مطالبته بها وإن كان قد دفعها فله استردادها (حسني رقم ٩٩ ص ١٢٠) ويري سيادته أنه جدير بالمشروع أن يحدد أجلاً يبدأ من تاريخ الحكم البات ويشترط أن يصدر القانون الجديد خلاله حتـــى يكـــون للمحكـــوم عليـــه استرداد الغرامة التي دفعها لأن التفسير السليم لعبارة "وقف تنفيذ الحكم وانتهاء آثاره الجنائيـــة" هـــو

+ + +

ويجدر بالذكر الإشارة إلى قانوني ثار بين الهيئة العامة للمواد الجنائية لمحكمة النقض [١٠٥٩] والمحكمة الدستورية العليا [١٠٦٠] في شأن تحديد ما إذا كان القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ بشأن سريان أحكام القانون المدني على الأماكن التي لم يسبق تأجيرها والأماكن التي انتهت أو تنتهي عقود إيجارها دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها أصلح للمتهم بارتكاب جريمة تقاضي مقدم إيجار يزيد على المقرر قانوناً المنصوص عليها في المادتين ٢٦ و٢٧ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر والمادة ٦ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر ؟

فرأت الهيئة العامة للمواد الجنائية لمحكمة النقض أن هذا القانون ليس قانوناً أصلح للمتهم لأن أحكام القانونين رقمي ٤٩ لسنة ١٩٧٧ و١٣٦ لسنة ١٩٨١" ... تظل سارية بجميع نصوصها ، المدنية والجنائية ، على العلاقات الايجارية القائمة والتي أبرمت في ظل هذين القانونين قبل العمل بأحكام القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ ومن بينها النصوص التي أثمت تقاضي مقدم إيجار يزيد عن المقرر قانوناً ، ذلك أن القانون الأخير ، إذ يؤكد استمرار سريان أحكام القانونين المذكورين على تلك العلاقة الايجارية ، لم يتضمن نصاً بإلغاء أي من نصوص التحريم فيهما أو يعدل في أحكامها ولا يقدح في ذلك ما نصت عليه المادة الثالثة من القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ بإلغاء كل نص في أي قانون آخر يتعارض مع أحكامه إذ أن أحكامه لا تنطبق إلا على عقود إيجار الأماكن الخالية أو التي تخلو بعد نفاذه ، وهي التي

اعتبار المتهم في حكم من أتي نشاطا مباحاً ومن ثم لا يكون وجه لتوقيع عقاب عليه (حسني رقم ٩٩ ص ١٢١) .

(١٠٥٩) طعن مقيد بجدول النيابة رقم ١١٥٣٩ لسنة ١٩٩٠ وبجدول المحكمة برقم ١١٨٣٨ س ٦٠ق جلسة ١٣ من أبريل/نيسان سنة ١٩٩٧ (غير منشور) .

(١٠٦٠) طعن رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية ، جلسة ٢٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٩٧ (الجريدة الرسمية ، العدد ١٠ في ٦ من مارس/آذار سنة ١٩٩٧ ص ص٦١٥: ٦٣١) ، وكان قد قضي بعدم قبول طعن آخر في نفس النص من نفس المحكمة باعتبار الخصومة منتهية بصدور الحكم الأول ، وأكدت المحكمة أن القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ يعتبر قانوناً أصلح للمتهم من "زاوية دستورية" (٦ من ديسمبر/كانون الأول ١٩٩٧ ، قضية مقيدة برقم ١٥ لسنة ١٩ قضائية دستورية ، الجريدة الرسمية العدد ٥١ في ١٨ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٧ ص ص٣١٢٣ : ٣١٢٥) .

أخضعها دون غيرها لأحكام القانون المدني وحده ، فألغي تطبيق أي قانون آخر في شأنها ، ومن ثم فإن الجرائم التي وقعت طبقاً لنصوص القانونين رقمي ٤٩ لسنة ١٩٧٧ و١٣٦ لسنة ١٩٨١ تظل قائمة ، خاضعة لأحكامها ، حتى بعد صدور القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ والعمل بأحكامه" .... وبذلك عدلت الهيئة العامة عن الأحكام التي سبق صدورها على خلاف النظر المتقدم من نفس المحكمة .

فرفضت بذلك الهيئة العامة ما كانت قد أبدته المحكمة الدستورية العليا من حجج أهمها أن "من غير المتصور أن يظل قائماً ، التجريم المقرر بالقانون السابق في شأن تقاضي مقدم الأجرة لأكثر من سنتين ، إذا كانت الأماكن التي شملها هذا القانون مؤجرة قبل نفاذ القانون الجديد ، فإذا خل مكان منها وقت سريان هذا القانون ، تحرر المؤجر جنائياً من كل قيد يتعلق بالمدة التي يقتضي عنها مقدم الأجرة . وليس مفهوماً أن يكون للفعل الواحد معنيان مختلفان ، ولا أن تحتفظ الجريمة التي أنشأها القانون القديم ذاتيتها ، وبوطأة عقوبتها ، بعد أن جرد القانون الجديد الفعل الذي يكونها من الآثام التي احتضنتها ..... وأن الجريمة التي أنشأها القانون السابق هي ذاتها التي هدمها القانون الجديد، ووجودها وانعدامها متصادمان، فلا يستقيم اجتماعهما .... وأن إعمال الأثر الرجعي للقانون يعتبر انحيازاً من القاضي لضمانة جوهرية للحرية الشخصية" .

وإذا كانت المحكمة الدستورية العليا قد اعتبرت حكمها باعتبار هذا القانون أصلح للمتهم متمتعاً بالحجية المطلقة التي أسبغها المشرع على أحكامها الصادرة في المسائل الدستورية ، وملزماً بالتالي الناس كافة وكل سلطة في الدولة ، بما في ذلك جهات القضاء على اختلافها ، فإن الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض رأت أنها وحدها لها "..الاختصاص.. في تفسير هذه النصوص وتطبيقها على الوجه الصحيح .. كي تؤدي.. بهذا وظيفتها في توحيد تفسير القوانين وسلامة تطبيقها ، واستقرار المبادئ القانونية بما يكفل تقارباً في الحلول القضائية التي تخلص إليها محاكم الموضوع ، ويحقق اجتماعها على وحدة واحدة.."مؤكدة أن"...تلك هي وظيفة المحكمة التي اقتضت ألا توجد في الدولة إلا محكمة نقض واحدة ، على قمة النظام القضائي ، فلا تعلوها محكمة ، ولا تخضع أحكامها لرقابة جهة ما "رافضة بذلك الأخذ بأي اعتبارات أخرى حيث رأت أن هذه الاعتبارات"... وإن صلحت كي يستهدي بها المشرع عند النظر في ملاءمة إلغاء بعض نصوص التجريم في

القانونين المشار إليهما ، إلا أنها لا تصلح سنداً لتأويل النصوص مع صراحتها".

والرأي عندنا هو ترجيح رأي الهيئة العامة للمواد الجنائيـــة لوجاهـــة حججـــه وسلامة منطقه في ضوء المفاهيم المستقرة للقانون الأصلح للمـــتهم ، أيـــاً كانـــت الزاوية المنظور إلى النص منها دستورية كانت أم جنائية .

+ + +

وبذلك نكون قد انتهينا من استعراض الحلول التشريعية المصـــرية لمشـــكلات تنازع القوانين من حيث الزمان ، وتأكدنا من أن المشرع المصري يمزج بين عدم الرجعية والأثر الفوري للقانون لتحقيق ما يراه مناسباً من حلول لهذه المشكلات .

الفصل الثاني

تفسير القانون [١٠٦١]

Interprétation de la loi

ندرس هنا في أربعة مباحث ماهية التفسير ، ومذاهبه ، ووسائله ثم أخيراً قواعده المختلفة وذلك حتى نغطي وجوهه المختلفة .

المبحث الأول

ماهية التفسير

يتعين أن نوضح ماهية التفسير حتى لا يختلط بأمور أخرى ، فبعد أن نعرفه تحديد نطاقه نعدد أنواعه الأربع بالنظر إلى جهة صدوره : فهو تفسير تشريعي إذا صدر من المشرع وتفسير إداري إذا صدر من جهة الإدارة ، وتفسير فقهي إذا صدر من الفقيه وهو أخيراً تفسير قضائي إذا صدر عن القاضي .

أولاً : تعريف التفسير : ينصرف معنى التفسير إلى بيان حقيقة معنى قاعدة تشريعية مكتوبة صادرة من سلطة مختصة [١٠٦٢] ، فهو فن قائم بذاته . يستدعي هذا التعريف ملاحظات ثلاثة هي :

١- أن التفسير لا يرد إلا على القواعد التشريعية المكتوبة ، ومفاد ذلك استبعاد القواعد التشريعية غير المكتوبة كالعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . ونلاحظ أنه إذا قامت الحاجة إلى تحديد مضمون القواعد القانونية غير المكتوبة فإن

(١٠٦١) انظر في موضوع التفسير بوجه عام :رسالة الدكتوراه القيمة للدكتور محمد صبري السعدي ، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية (النظرية العامة وتطبيقاتها في الفقهين الوضعي والإسلامي) ، دار النهضة العربية ، الطبقة الأولي سنة ١٩٧٩ ، رقم ٦ ص ١٨ وما بعدها ورسالة الزميل الدكتور رفاعي سيد سعد ، تفسير النصوص الجنائية (دراسة مقارنة) نال بها الباحث درجة الدكتوراه في الحقوق (كلية حقوق القاهرة سنة ١٩٩٠).

(١٠٦٢) منصور رقم ١٥٧ ص ص٢٨١ :٢٨٢ ، والشرقاوي رقم ٦٣ ص ص١٧٨ :١٧٩ ، ويحيى رقم ٥٥ وص ص١٩٥ :١٩٦ ، وسلامة رقم ٨٤ ص ص١٨٧ :١٨٨ ، ومرسي ومصطفى رقم ٢٦٥ ص٢٦٩ ، والزيات ص ٨٤ ، وجمعة ص ص٢٥٧ :٢٥٨ وكامل رقم ٧٧ ص ١٧١ .

ذلك لا يتخذ شكل التفسير بل يتخذ شكل التثبت من وجودها بمضمون معين (١٠٦٣). فتختلط بذلك عملية تحديد مضمونها بعملية إثبات وجودها .

٢- أن التفسير يتعلق بقاعدة تشريعية مكتوبة صادرة من سلطة مختصة : وهذا التحديد لا يستبعد القواعد الدينية الموجودة في الكتب السماوية وأقوال الرسل وقرارات المجامع الدينية وفتاوى رجال الدين بحجة أنها غير معتبرة مصدراً رسمياً للتشريع . فليس واجبا أن تكون جهة إصدار القاعدة المكتوبة جهة مختصة بالتشريع الوضعي فحسب بل بالتشريع بوجه عام أيا كانت السلطة التي صدر عنها (١٠٦٤). مع ذلك فتفسير القواعد الدينية يخرج من نطاق بحثنا لأنه يتم وفقا للأحوال الواجبة الاتباع في كل دين (١٠٦٥).

٣- أن معنى التفسير ليس البحث عن حكم لمسألة لم توضع القاعدة محل التفسير لحكمها بل هو تحديد لحقيقة هذه القاعدة - وهنا يكمن الفارق بين دور المفسر ودور المشرع .

يتضح مما تقدم أن التفسير ليس في حقيقته سوي بيان لحقيقة نص تشريعي صادر من سلطة مختصة ، وهذا هو ما يدفعنا إلى دراسة أنواع التفسير لنستكمل توضيح ماهيته .

ثانيا : أنواع التفسير : أربعة : يفرق الفقه عادة بين أربعة أنواع من التفسير بالنظر إلى الجهة التي يصدر عنها وهي التفسير التشريعي (أو الرسمي) ، والتفسير الإداري ، والتفسير الفقهي والتفسير القضائي (١٠٦٦).

(١٠٦٣) وهو ما يعبر عنه بالقول بأن مصادر القانون الأخرى لا حاجة بها إلى تفسير لأنها عبارة عن معنى مستقر لا يقيده لفظ خاص (السنهوري وأبو ستيت رقم ١٧٨ ص ٢٣٦) فلا يثور التفسير بشأنها (منصور رقم ١٥٧ ص ٢٨٢ والإهواني رقم ٢٧٦ ص ٢٤٤).

(١٠٦٤) الشرقاوي رقم ٦٣ ص ١٧٨ ومنصور رقم ١٥٧ ص ٢٨٢ .

(١٠٦٥) جاء في المادة الأولي من المشروع الجديد للتقنين المدني : تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص بطريق من طرق الدلالة الشرعية ويستلهم القاضي في تفسيرها مقاصد الشريعة الإسلامية . وانظر رسالة رفاعي سعد ، سابق الإشارة إليها ، ص ٢٧.

(١٠٦٦) ولا يفصل بين التفسير الفقهي والتفسير القضائي أي اعتبار فكلاهما يتبع نفس الأساليب العلمية يتبادل كل منهما التأثير على الآخر (سلامة رقم ٨٤ ص ١٨٨ ورقم ٨٦ ص ١٩٢) . وانظر في القول بضرورة الحد من حالات التفسير التشريعي لما ينطوي عليه من عدم ثقة في القضاء (جلال إبراهيم رقم ١٤٦ ص ٢٦٦) ، وإن كنا نري أن تدخل المشرع قد يعد ضرورياً لوضع حد لاختلاف القضاء بما فيه رفع لمعاناة المخاطبين بنصوص القانون محل الخلاف .

ويحتاج الأمر إلى بعض التفصيل :

١- **التفسير التشريعي أو الرسمي** (Interprétation législative ou authentique) صورتان : يقصد بذلك التفسير الذي يضعه المشرع أو من يفوضه لجلاء غموض نص تشريعي لعيب اعتور صياغته أو شاب عملية تطبيقه على نحو حال دون ظهور قصده الحقيقي [١٠٦٧] . وليس في قيام المشرع بالتدخل بالتفسير إلا تطبيقاً لقاعدة رومانية قديمة قالت بحق واضع القانوني في تفسيره (Ejus est interpretari legem cujus est condere) ، ولا يختلف أحد في أن التشريع التفسيري يرتد أثر تطبيقه إلى تاريخ صدور التشريع محل التفسير[١٠٦٨] مادام المفسر لم يتخذ من التفسير ستار للتشريع [١٠٦٩]حيث يعد " ذلك ما لا يجوز أن ينزلق التفسير التشريعي إليه أو يخوض فيه" [١٠٧٠]. وهنا نلاحظ أن اعتبار التفسير

(١٠٦٧) فيسمي التشريع الأول بالتشريع المُفسر (Législation interprétée) في حين يدعي التشريع اللاحق الذي يفسره المفسر بالتشريع المُفسِّر (Législation interprétative) وسنستخدم مصطلح اللاحق محل التفسير للدلالة على الأول والتشريع التفسيري للدلالة على الثاني لمنع الخلط بينهما لاتحادهما في طريقة الكتابة رغم اختلافهما في النطق . ويختلف بذلك التشريع الأخير –أي التفسيري– عن التوضيح التشريعي باعتبار أن الأول يصدر بعد صدور تشريع معين والاختلاف في تفسيره أما الثاني فيرد في صلب القانون عند إصداره (انظر في هذا المعنى جلال إبراهيم رقم ١٤٥ ص ٢٦٤ تتمة هامش رقم ٢).

(١٠٦٨) زكي رقم ١٥٥ ص ٢٥٢ وليس في ذلك أي إعمال له بأثر رجعي (عكس ذلك مثلاً : مرسي ومصطفى رقم ٢٦٨ ص ٢٧٣) لأن التشريع المفسر (محل التفسير) لا يعتبر من الناحية الموضوعية تشريعاً جديداً طالما أنه يوضح ويكشف قصد المشرع من التشريع السابق عليه : وهو بهذه المثابة يعتبر أنه قد صدر مع التشريع الذي يفسره فيسري على الحالات التي لم يفصل فيها دون أن يكون له أثر رجعي (نقض مدني في ٢٨ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٧٧ ، مجموعة المكتب الفني ، س٢٨ رقم ٣٢٧ ص ١٩٠٢) ولا يشترط ليعد تشريعاً تفسيرياً أن ينص فيه على أن حكمه مكمل للتشريع الأصلي (نقض مدني في ٣٠ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٧٩ ، مجموعة المكتب الفني ، س٣٠ رقم ٨٦ ص ٤٤٦).

(١٠٦٩) فلا يعد تفسيراً تشريعياً ذلك الذي يخرج على أحكام نص سابق أو يلغيه أو يعدله بحكم يخالفه أو يستحدث معنى جديداً لم تكن تحتمله عباراته دون أن ينص على سريان استثناء بأثر رجعي فلا ينعطف أثره على الماضي ولا ينطبق على الوقائع السابقة عليه نقض بالدائرة المدنية والتجارية من الأحوال الشخصية ، طعن رقم ١٤٠٣ س٨٥ ق في ٣١ من مارس/ آذار سنة ١٩٩٣ ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، العدد الثالث السنة الثامنة والثلاثون (يوليو/تموز – سبتمبر/أيلول سنة ١٩٩٤) ، العدد رقم ١٥١ ، ص ١٧٨ رقم (٨).

(١٠٧٠) المحكمة الدستورية العليا (٢٧ من أبريل/نيسان سنة ١٩٩٥ ، الجريدة الرسمية ، العدد ١٧ في ٢٧ من أبريل/نيسان سنة ١٩٩٥ ، ص ١٠٥١) حيث أكدت المحكمة بعبارات قاطعة على أن سلطة تفسير النصوص التشريعية سواء تولتها السلطة التشريعية أم باشرتها الجهة التي عهد إليها بهذا الاختصاص لا يجوز أن تكون موطئاً إلى تعديل هذه النصوص بذاتها بما يخرجها عن معناها أو

الصادر من السلطة المختصة بالتفسير منطبقاً منذ تاريخ صدور التشـريع محـل التفسير مرهـون بكونه تشريعا تفـسيريا حـقـيقـة وحكـماً [١٠٧١]، أمـا إذا كان متضـمناً لقـواعد تشـريعية جديدة فلا يـسـري إلا اعتباراً من اليـوم التالي لنـشره في الجـريدة الرسـمية[١٠٧٢]. على العكس فـإن التشـريع التفسيري الصادر من سلطة ادني مفوضة في التفسير بالتجـاوز لحـدود هـذا التفويض ، يعد كأن لم يكن بالنسـبة لقـدر التجـاوز إعمـالا لقاعـدة تـدرج التشريعات[١٠٧٣].

ويحتاج بيان ما تقدم إلى استعراض التفرقة بين صورتي التفسـير التشـريعي وهي التفسير التشريعي من السلطة مصدرة التشـريع محـل التفسـير والتفسـير التشريعي من سلطة مفوضة في ذلك :

الصورة الأولي : التفسير الصادر من السلطة المصدرة للتشريع محل التفسير : الأصل أن يصدر التفسير مما قام بالتشريع إعمالا للقاعـدة الرومانيـة السـابقة . ويضرب الفقه مثالاً تقليديا [١٠٧٤] على هذه الصورة بما قامت به المحاكم المختلطة من تفسير للمقصود ببطلان شرط الدفع بالذهب المقرر بقانون صادر سـنة ١٩١٤ بأنه مقصور على المعاملات الداخلية دون الخارجية مما اضـطر المشـرع إلـى التدخل سنة ١٩٣٥ لتأكيد أن مقصوده هو بطلان هذا الشرط في المعاملات الداخلية والخارجية على السواء .

يجاوز الأغراض المقصودة منها ..."إذ يعتبر ذلك عدواناً على الحقوق التي ولدتها مراكـز قانونيـة توافرت مقوماتها وفقاً للقانون وتجريداً لأصحابها منها بعد ثبوتها" .

(١٠٧١) وهو نادر عملاً (مرقس رقم ١٢٢ ص ٢٣١ وكيـره رقـم ٢١١ ص ٣٩٩) وغيـر مسـتحب : الإهواني رقم ٢٧٨ ص ٢٤٥.

(١٠٧٢) فرج رقم ٢٢٩ ص ٣٨٨ ، السعدي رقم ٥١ ص ١١٥ وجلال إبراهيم رقـم ٢٥٦ ص ٤٩٤ وإلا كان في ذلك رجعية مستترة : الوكيل رقم ١٤٠ ص ٢٣٤.

(١٠٧٣) ويكون من حق المحاكم والأفراد كنتيجة لذلك ألا يعتدوا بما قررته السلطة المفوضة من قواعد في هذا التجاوز (الشرقاوي رقم ٦٤ ص ١٨١) لذلك رفض مجلس الدولة المصري ، المختص قانونـاً بصياغة التفسيرات التشريعية الملزمة ، صياغة تفسير اللجنة العليا للإصلاح الزراعي للمادة الأولي من قانون رقم ١٢٨ لسنة ١٩٦١ السعدي رقم ٥٢ ص ١٢٣) ، على أساس أنه "…. ليس للتفسـير التشريعي قوة القانون…" : "الجمال والعدوي ص ٥١" إلا في هذا النطاق .

(١٠٧٤) انظر خمسة أمثلة أخرى : السعدي رقم ٣٩ ص ص٨٠ : ٨٢ ، مرسي ومصطفى رقم ١٧٨ ص ١٤٩ وما بعدها وانظر تفسيرا تشريعيا حديثا صدر بالقانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٨٠ للقانون رقـم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ بشأن التأمينات الاجتماعية حدد فيه المشرع عمال الفلاحة غيـر الخاضـعين للقـانون الأخير (الإهواني رقم ٢٧٧ص ٢٤٥) .

ونؤكد مرة أخرى أن هذا النوع من التشريعات إما إن يكون مفسراً حقيقة وحكما فيرتد نفاذه إلى تاريخ نفاذ التشريع محل التفسير ، وإما أن يكون تشريعياً حقيقياً ، وليس مجرد تفسير بالمعنى الدقيق للكلمة، فيعامل على هذا الأساس وينفذ من اليوم التالي لتاريخ نشره في الجريدة الرسمية (١٠٧٥).

الصورة الثانية : التفسير الصادر من سلطة مفوضة في التفسير (١٠٧٦) : حالتان : قد يحدث أن يفوض المشرع جهة أخرى في تفسير التشريعات التي يصدرها تفويضاً خاصا بتشريع معين أو تفويضاً عاماً في تفسير كل التشريعات .

ونفرق هنا بين هذين الأمرين :

الحالة الأولي : التفويض الخاص : يحدث أن يفوض المشرع سلطته في تفسير النصوص التي يصدرها إلى سلطة تشريعياً أدني معتقدا في قدرتها على المواجهة السريعة لمشكلات التفسير . ويستحق هذا النوع من التفويض ملاحظات ثلاثة هي :

الملاحظة الأولي : مصدر التفويض : لا يجوز صدور التفويض ممن لا يملكه. فإذا أصدرت جهة إدارية تفويضا لجهة أخرى لتفسير نص صادر من السلطة التشريعية وقع التفويض باطلا.

الملاحظة الثانية : المخاطب بالتفويض : إذا صدر تفويضاً لصالح جهة معينة للقيام بالتفسير فليس من حقها أن تفوض غيرها في ذلك لعدم جواز التفويض في التفويض .

الملاحظة الثالثة : موضوع التفويض : ليس للجهة التي فوضت في تفسير نص معين أن تفسر نصاً آخر ولو تعلق هذا النص الأخير بموضوع النص الأول أو وجد معه في تشريع واحد. والقول بغير ذلك يعد انتهاكاً لإرادة المشرع المفوض . وجزاء تجاوز موضوع التفويض ، هو كما قلنا سابقا ، اعتبار الجزء المنطوي على

(١٠٧٥) انظر في الاستدلال على الصفة التفسيرية للتشريع من أعماله التحضيرية : نقض جنائي ٢ من فبراير/شباط سنة ١٩٥٩ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٠ رقم ٩ ص ١٢٧ . وانظر في رفض إسباغ الصفة التفسيرية على تشريع صدر في مسألة سكت عنها التشريع الأصلي : نقض مدني ، ٢٨ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٧٧ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٨ (ج ٢) رقم ٣٢٧ ص ١٩٠٢ .

(١٠٧٦)ويعد هذا العمل باطلا إذا صدر بغير تفويض : المحكمة الإدارية العليا ، ٤ من أبريل/نيسان سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام المحكمة ، س ٤ رقم ٩٩ ص ١١١٩.

التجاوز كأن لم يكن .

ويضرب الفقه عدة أمثلة على التفويض الخاص نذكر منها مثالين :

* تفويض الهيئة العليا للإصلاح الزراعي في إصدار قرارات متضمنة تفسيراً تشريعياً ملزما ينشر في الجريدة الرسمية لأحكام قانون الإصلاح الزراعي رقم ٧٨ لسنة ١٩٥٢ .

* تفويض لجنة عليا برياسة وزير الإسكان والمرافق وعضوية كل من وكيل وزارة الإسكان والمرافق في تفسير نصوص القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ بشأن تحديد أجرة المساكن على أن ينشر تفسيرها في الجريدة الرسمية باعتباره تفسيراً تشريعياً ملزمًا [١٠٧٧] .

الحالة الثانية : التفويض العام : يصدر هذا التفويض من سلطة مفوضة تفويضاً عاماً في تفسير التشريعات ، وقد عرفت مصر هذه الحالة عند صدور القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بإنشاء المحكمة العليا الذي نص في مادته الرابعة على أن تختص المحكمة العليا بتفسير النصوص القانونية التي تستدعي ذلك بسبب طبيعتها أو أهميتها ضماناً لوحدة التطبيق القضائي وذلك بناء على طلب وزير العدل ويكون قرارها الصادر بالتفسير ملزماً . وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا النص أنه بذلك "... لا تكون ثمة حاجة إلى الالتجاء إلى إصدار تشريعات تفسيرية أو إنشاء لجان لهذا الغرض" [١٠٧٨].

وتأكد هذا الأمر مرة أخرى بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإنشاء المحكمة الدستورية العليا التي حلت محل المحكمة العليا[١٠٧٩] ، فجاء في مادته رقم ٢٦

(١٠٧٧) انظر في التنديد بالتفويض الخاص لعدم توافر ضمانات السلطة القضائية في القائم به : الإهواني رقم ٢٧٧ ص ٢٤٥.

(١٠٧٨) وبديهي أن هذه اللجان لم تكن تتمتع بخبرة القضاء في الغالب : السعدي رقم ٤٨ ص ١٠٣.

(١٠٧٩)فتعد المحكمة بذلك لجنة للتفسير التشريعي مشكلة من صفوة رجال القضاء : السعدي رقم ٤٨ ص ١٠٣ ورقم ٥٠ ص ١٠٥ والإهواني رقم ٢٨٠ ص ٢٤٨ وانظر في اعتبار تفسيرها تفسيرا تشريعيا: المستشار رابح لطفي جمعة ،اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية، مجلة القضاة يصدرها نادي القضاة بالقاهرة ، يوليو/تموز – ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٢ ص ١٤٨ وما بعدها ، والسعدي رقم ٥٠ ص ١٠٥ ، وخضر رقم ٣٩ ص ٥٠، والشرقاوي رقم ٦٥ ص ص ١٨٢ : ١٨٣ ، وكيره رقم ٢١١ ص ٤٠٠ والإهواني رقم ٢٨٠ ص ٢٤٨ وما

«تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور وذلك إذا أثارت خلافاً في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضي وحدة تفسيرها».

ويلاحظ أن المادة ٣٣ من القانون الأخير قصرت حق تقديم طلب التفسير على وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية [(١٠٨٠)] على أن يبين في طلب التفسير النص التشريعي المطلوب تفسيره [(١٠٨١)] وما أثاره من خلاف في التطبيق [(١٠٨٢)] ومدى أهميته

بعدهما . وانظر في رأي الأقلية التي تري في تفسير هذه المحكمة تفسيرا قضائيا ملزما (يحيي ص ١٩٩ وأبو السعود ص ٥٥٠).

(١٠٨٠) يدخل ما أوردته هذه المادة من تحديد للجهات التي يجوز لها طلب التفسير الملزم واشتراط تقديمه عن طريق وزير العدل في نطاق الملاءمة التي تستقل السلطة التشريعية بتقديرها : طلب التفسير رقم ١ لسنة ٢ ق المحكمة الدستورية العليا ، ١٧ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٨١ ، مجموعة الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة حتى ٣٠ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨١ ، جـ١ رقم ٥ ص ٢٢٢ وما بعدها . وقد رفضت المحكمة قبول الطلب في غير هذه الأحوال لرفعه من غير ذي صفة : طلبات التفسير أرقام ١ و ٢ و ٣ لسنة ٤ ق ، المحكمة الدستورية العليا ، ٦ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٨٢ ، مجموعة الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٨١ حتى ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٣ ، جـ٢ رقم ٣ ص ٢١٣ وما بعدها وهامش ص ٢١٣ وأيضاً : طلب التفسير رقم ١ لسنة ٥ ق ، المحكمة الدستورية العليا ، ١١ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨٣ ، مجموعة الأحكام والقرارات من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٨١ حتى ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٣ ، جـ٢ رقم ٥ ص ٢٢٣ (سابق الإشارة إليه). ولا يعد تفسيراً تشريعياً طبقاً للمادة ٣٣ من قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا ولا يخضع من ثم لما تقدم ذكره في المتن من قواعد ، التفسير القضائي حيث يجوز للمحكمة الدستورية العليا أن تفسر حكماً أصدرته بناء على طلب يتقدم به إليه مباشرة كل خصم طبقاً للمادة ١٩٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية حيث لا يتعارض تطبيقها مع طبيعة اختصاصات المحكمة الدستورية العليا والأوضاع المقررة أمامها : المحكمة الدستورية العليا ، ١٥ من أبريل/نيسان سنة ١٩٩٥ ، الجريدة الرسمية ، العدد ١٧ في ٢٧ من أبريل/نيسان سنة ١٩٩٥ ص ١٠٥١ (سابق الإشارة إليه).

(١٠٨١) انظر ما يطالب به البعض من وضع ضمانات تحكم طلب التفسير بحيث لا يستغل للتأثير على القضاء : الإهواني رقم ٢٨١ ص ٢٤٨ وما بعدهما .

(١٠٨٢)هذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في حكم حديث لها قضت فيه بأن : "السلطة المخولة لهذه المحكمة في مجال التفسير التشريعي وعلي ما يبين من نص المادة (٢٦) من قانونها – مشروطة بأن تكون للنص التشريعي أهمية جوهرية – لا ثانوية أو عرضية – تتحدد بالنظر إلى طبيعة الحقوق التي ينظمها ووزن المصالح المرتبطة بها ، وأن يكون هذا النص – فوق أهميته – قد أثار عند تطبيقه خلافاً حول مضمونه تتباين معه الآثار القانونية التي يرتبها فيما بين المخاطبين بأحكامه بما يخل عملاً بعمومية القاعدة القانونية الصادرة في شأنهم ، والمتماثلة مراكزهم القانونية بالنسبة إليها ، ويهدر بالتالي ما تقتضيه المساواة بينهم (في مجال تطبيقها) الأمر الذي يحتم رد هذه القاعدة إلى مضمون موحد يتحدد على ضوء ما قصده المشرع منها عند إقرارها حسماً لمدلولها ، وضماناً لتطبيقها تطبيقاً متكافئاً بين المخاطبين بها . وحيث أن هذين الشرطين اللذين تطلبهما لقبول

التي تستدعي تفسيره تحقيقا لوحدة تطبيقه (١٠٨٣) . ومفاد ذلك عدم تصور أن يكون طلب تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً ، متضمناً أو مستنهضاً الفصل في دستوريتها لتقرير صحتها أو بطلانها على ضوء أحكام الدستور ، فما لذلك تقرر

طلب التفسير قد توافرا في الطلب الماثل ، ذلك أن دائرتين من دوائر محكمة النقض التي ناط بها المشرع إنزال حكم القانون على وجهه الصحيح في الطعون المدفوعة إليها وتقعيد مبادئه لضمان وحدة تطبيقها ، قد اختلفتا فيما بينهما في مسألة جوهرية : المحكمة الدستورية العليا في ٤ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٢ ، الجريدة الرسمية ، ع ٤ ، ٢٣ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٢ ص ٢٥٥ وما بعدها" وقد أكدت المحكمة في هذا الحكم على أن مؤدي نص المادة ٢٦ من قانون = = هذه المحكمة ".. أنه خول هذه المحكمة سلطة تفسير النصوص التشريعية التي تناولها تفسيراً تشريعياً ملزماً يكون بذاته كاشفاً عن المقاصد الحقيقية التي توخاها المشرع عند إقرارها منظوراً في ذلك لا إلى إرادته المتوهمة المفترضة التي تحمل معها النصوص التشريعية محل التفسير على غير المعنى المقصود منها ابتداء ، بل إلى إرادته الحقيقية التي يفترض في هذه النصوص أن تكون معبرة عنها مبلورة لها وإن كان تطبيقها قد باعد بينها وبين هذه الإرادة" . وفي حكم آخر أكدت المحكمة على ضرورة ...استقراء أحكام الدستور وربطها ببعض في إطار من الوحدة العنصرية التي تجمعها، وبما يقتضيه تحقيق الاتساق والتكامل بينها : المحكمة الدستورية العليا ١، ٤ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٢ ، الجريدة الرسمية ، ع ٤ في ٢٣ من سنة ١٩٩٢ ، ص ٢٧٠ وما بعدها . وانظر تطبيقاً قضائياً آخر أسبق : المحكمة الدستورية العليا في ٥ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨١ ، المحاماة س ٦٢ ع١ ، ٢ (يناير/كانون الثاني – فبراير/شباط سنة ١٩٨٢ ص ٧٦ رقم ١٩) . وآخر لاحق في شأن تفسير ما إذا كانت حضانة النساء للأطفال حتى سن معينة مقصورة على المطلقات أو تمتد إلى الزوجة العاصية لزوجها (٢٤ من يونيه/حزيران سنة ١٩٩٧ ، قضية رقم ١٨ س١٨ ق دستورية ، الجريدة الرسمية ، العدد ٢٦ في ٢٦ من يونيه/حزيران سنة ١٩٩٧ ص ١٥٤٣).

(١٠٨٣) ومؤدى ذلك أن يكون النص المطلوب تفسيره علاوة على أهمية قد اختلف تطبيقه على نحو لا تتحقق به المساواة أمام القانون بين المخاطبين بأحكامه رغم تماثل مراكزها وظروفهم ، بحيث يستوجب الأمر طلب إصدار قرار من المحكمة الدستورية العليا بتفسير هذا النص تفسيراً ملزماً ، إرساء لمدلوله القانوني السليم وتحقيقا لوحدة تطبيقه : طلب التفسير رقم ٢ لسنة ٢ ق ، المحكمة الدستورية العليا ، ٣ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٨١ مجموعة الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة حتى ٣ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨١ ، جـ١ رقم ٤ ص ٢١٨ وما بعدها . وقد حكمت المحكمة بعدم قبول طلب التفسير المقدم في هذه الدعوى لاقتصار أهمية وآثار تطبيقه على طرفي الخلاف المخاطبين وحدهما بأحكامه ، وانظر في نفس المعنى طلب التفسير رقم ٤ لسنة قضائية ، المحكمة العليا ، جلسة ٥ من ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨١ ، مجموعة الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٨١ حتى ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٣ ، الجزء الثاني ، رقم ١ ص ٢٠٥ وما بعدها ، فيتعين أن يكون القرار الذي تصدره المحكمة بتفسير أحد النصوص قاطعاً في تحديد مدلوله القانوني حيث ينحسم به ما ثار من خلاف في التطبيق، وتتحدد نهائياً المراكز القانونية للمخاطبين بأحكامه على مقتضى هذا التفسير الملزم : طلب التفسير رقم ٣ س ٢ قضائية ، المحكمة الدستورية العليا ، جلسة ٦ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٨٢ ، مجموعة الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٨١ حتى ديسمبر/كانون الأول ١٩٨٣ ، الجزء الثاني ، رقم ٢ ص ٢٠٩ وما بعدها .

التفسير التشريعي ، سواء في الأسس التي يقوم عليها أو الأغراض التي يتوخاها[١٠٨٤].

ونصت المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا على ملاحظتين نضيف إليهما ملاحظة ثالثة :

الأولي : أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير لا يحول دون مباشرة السلطة التشريعية لحقها في إصدار التشريعات التفسيرية بداية أو بالمخالفة لما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا من تفسير [١٠٨٥] .

الثانية : أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا لا يصادر حق جهات القضاء الأخرى جميعاً في تفسير القوانين وإنزال تفسيرها [١٠٨٦] على الواقعة المعروضة عليها مادام لم يصدر بشأن النص المطروح أمامها [١٠٨٧] تفسير ملزم سواء من السلطة التشريعية [١٠٨٨] أو من المحكمة الدستورية العليا [١٠٨٩] .

(١٠٨٤) المحكمة الدستورية العليا طلب تفسير رقم ٢ لسنة ١٧ قضائية (تفسير) جلسة ٢١ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٩٥ ، الجريدة الرسمية ، العدد ٤٤ في ٢ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٩٥ ، ص ٢٦٥٠ ، تطبيقاً لذلك رفضت المحكمة طلب تفسير المقدم من وزير العدل لخمس مواد تضمنها القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٩٥ بتعديل بعض أحكام قانوني العقوبات والإجراءات الجنائية والقانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٧٠ بإنشاء نقابة الصحفيين .

(١٠٨٥) وان كانت الحاجة لم تعد تدعو إلى إصدارها : تناغو رقم ٢٤٩ ص ٧٤٢ .

(١٠٨٦) نقض مدني ١٢ من أبريل/نيسان سنة ١٩٩٢ ، طعن رقم ٢٣٠٤ س ٥١ ق ، القضاة ، س ٢٦ ، العدد الثاني ، يوليو/تموز – ديسمبر/كانون الأول ١٩٩٢ ، ص ٥٤٨ . ويري البعض أنه من الأفضل ترك القضاء يمارس حقه في تفسير النصوص تحت رقابة محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا وعدم قصر ذلك الحق على محكمة بعينها تصدر القرار بعيداً عن المصالح المتنازعة والوقائع العملية فيغلب عليها الطابع المجرد بعيداً عن تلك المصالح والحالات الواقعية التي يتميز بها تفسير محكمة النقض والإدارية العليا على أن يصدر المشرع تفسيرا رسميا كلما كان ذلك ضروريا (انظر عرض ذلك : السعدي رقم ٥٣ ص ص١٢٤ : ١٢٥) في حين يرى البعض الآخر أن تدخل المحكمة العليا (في ذلك الوقت) غير مبرر إلا عندما يتعارض حكم للمحكمة العليا مع حكم لمحكمة النقض بناء على تفسير نص قانوني معين (الشرقاوي رأي غير منشور مشار إليه لدى السعدي في نفس الموضع السابق هامش رقم ٨٩).

(١٠٨٧) حكم بعدم ولاية أية جهة قضائية أخرى في بحث توافر شروط التفسير غير المحكمة الدستورية العليا : نقض مدني في ٢٤ من مارس/ آذار سنة ١٩٨١ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٢ رقم ٧٤ ص ٩٣٩ .

(١٠٨٨) ينادي البعض بقصر حق مجلس الشعب في إصدار تفسيرات تشريعية على الأحوال التي يصدر فيها المجلس مثل هذا التفسير بداية ، أما إذا كانت المحكمة الدستورية العليا قد أصدرت قراراً بتفسير نص تشريعي معين فلا يسوغ من بعد – في رأي سيادته – أن يصدر مجلس الشعب تفسيراً تشريعياً للنص ذاته بالمخالفة للتفسير الذي انتهت إليه المحكمة ، خاصة وأن لمجلس الشعب أصلا حق تعديل هذا النص أو إلغائه كلية كما أن قرار المحكمة الدستورية العليا بتفسير النص لا يعدو أن

الثالثة : أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير مقصور على التشريع والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية دون نصوص الدستور [١٠٩٠]. وبيان ذلك أن ولاية هذه المحكمة لا تمتد إلى تفسير نصوص الدستور الذي لم يصدر من هاتين السلطتين وإنما أعلنته وقبلته ومنحته لأنفسها جماهير شعب مصر طبقا لما جاء في وثيقة إعلانه [١٠٩١] .

تطبيقاً لذلك فان ولاية هذه المحكمة تمتد إلى تفسير القرارات الجمهورية وقرارات رئيس مجلس الوزراء الصادرة بتقرير منح للعاملين بالدولة [١٠٩٢]، كذلك الحال بشأن تكييف العقود واستظهار شروطها واستخلاص قصد المتعاقدين منها

يكون جزءاً من النص التشريعي ذاته (جمعة ، ص ١٦٠) . وهذا الرأي لا يستند في رأينا إلى غير اعتبارات اللياقة .

(١٠٨٩) طلب التفسير رقم ١ لسنة ٢ ق ، المحكمة الدستورية العليا ، ١٧ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٨١ ، مجموعة الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة حتى ٣٠ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨١ ، جـ١ رقم ٥ ص ٢٢٢ وما بعدها (سابق الإشارة إليه).

(١٠٩٠) المحكمة الإدارية العليا في ٩ من أبريل/نيسان سنة ١٩٧٧ طعن رقم ٣٤٠ ص ٣٢ ق عليا (مشار إليه لدى السعدي رقم ٥١ ص ١٠٧ وهامش رقم ٦٢ بنفس الصفحة). وقد حكمت المحكمة الدستورية العليا في هذا الصدد بأن "حالة إخضاع الدستور لهذه الرقابة تكون مجاوزة حدود هذه الولاية ، مقوضة لتخومها : جلسة ٥ من فبراير/شباط سنة ١٩٩٤ الجريدة الرسمية ، العدد ٨ في ٢٤ من فبراير/شباط سنة ١٩٩٤ ص ٤٨٦" .

(١٠٩١) طلب التفسير رقم ١ لسنة ١ ق ، المحكمة الدستورية العليا ، أول مارس/ آذار سنة ١٩٨٠ ، مجموعة الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة حتى ٣٠ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨١ ، جـ ١ رقم ١ ص ٢٠٩ وما بعدها .ومع ذلك فللمحكمة الدستورية العليا أن تعرض لبيان مفهوم النصوص الدستورية عند تعرضها لمدي دستورية نص قانوني معين ، وقد أكدت المحكمة هذا المعنى بقولها ..الأصل في النصوص الدستورية أن تؤخذ باعتبارها متكاملة ، وأن المعاني التي تتولد عنها يتعين أن تكون مترابطة فيما بينهما بما يرد عنها التنافر أو التعارض . هذا بالإضافة إلى أن هذه النصوص إنما تعمل في إطار وحدة عضوية تجعل من أحكامها نسيجاً متآلفاً متماسكاً بما مؤداه أن يكون لكل نص منها مضمون محدد يستقل به عن غيره من النصوص استقلالاً لا عزلها عن بعضها البعض ، وإنما يقيم منها في مجموعها ذلك البنيان الذي يعكس ما ارتأته الإرادة الشعبية أقوم لدعم مصالحها في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، ولا يجوز بالتالي أن تفسر النصوص الدستورية بما يبتعد بها عن الغاية النهائية المقصودة منها ، ولا أن ينظر إليها بوصفها هائمة في النزاع ، أو باعتبارها قيماً مثالية منفصلة عن محيطها الاجتماعي ، وإنما يتعين دوماً أن تحمل مقاصدها بمراعاة أن الدستور وثيقة تقدمية لا ترتد مفاهيمها إلى حقبة ماضية وإنما تمثل القواعد التي يقوم عليها والتي صاغتها الإرادة الشعبية انطلاقة إلى تغيير لا يصد عن التطور آفاقه الرحبة « : المحكمة الدستورية العليا ، ٤ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٢ ، الجريدة الرسمية ، ع ٤ ، في ٢٣ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٩٢ ، ص ٢٦٢ (سابق الإشارة إليه) .

(١٠٩٢) طلب التفسير رقم ٣ س ٢ ق ، المحكمة العليا ، جلسة ٦ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٨٢ ، مجموعة الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٨١ حتى ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٨٣ ، جـ ٣ رقم ٢ ص ٢٠٩ وما بعدها (سابق الإشارة إليه).

لدخول ذلك في اختصاص قسم الإفتاء بمجلس الدولة [١٠٩٣] .

ونشير في النهاية إلى أن التفسير التشريعي يرتد أثره إلى تاريخ النص محل التفسير إذا ما وضع معنى تشريع سابق أو حدد نطاقه أو أصاب كلا الأمرين [١٠٩٤]. وعلى هذا الأساس إذا عدل التشريع التفسيري ، كما سبق القول ، تشريعاً سابقاً أو تضمن حكماً جديداً اعتُبرَ تشريعاً جديداً [١٠٩٥] بكل ما تحمل هذه الكلمة من معان [١٠٩٦] .

٢- **التفسير الإداري**[١٠٩٧] (Interprétation administrative) : ويقصد بذلك تفسير جهة الإدارة أي السلطة التنفيذية للنصوص التشريعية في شكل كتب دورية (Ciculaires) أو آراء وزارية (Réponses ministérielles) ردا على أسئلة برلمانية .

والرأي المستقر هو انعدام القيمة القانونية لهذه التفسيرات وعدم إلزامها للأفراد

(١٠٩٣) طلب التفسير رقم ٨ س ٢ ق عليا ، المحكمة العليا ، ٦ من مايو/أيار سنة ١٩٧١ ، مجموعة أحكام وقرارات المحكمة : القسم الثاني ، مجموعة قرارات التفسير الصادة من إنشاء المحكمة العليا في سنة ١٩٧٠ حتى نهاية ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٧٦ ، رقم ١١ ص ٨٢ وما بعدها.

(١٠٩٤) بدير ص ص ٢٧٢ : ٢٧٣.

(١٠٩٥) وفي هذه الحالة يمكن أن يكون للتشريع الواحد أكثر من تاريخ نفاذ لنصوص (انظر في نفس المعنى جلال إبراهيم رقم ١٥٢ ص ص ٢٨٢ : ٢٨٣ هامش رقم ٣) .

(١٠٩٦) حكمت المحكمة العليا (٦ من مايو/أيار سنة ١٩٧٢ ، المحاماة ، س ٥٣ ، سنة ١٩٧٣ ، العددان ٧ و ٨ ص رقم ٣) بامتناع سريان قرار التفسير على الوقائع التي تحدث في الفترة بين صدور التشريع الأصلي والتشريع المفسر له حيث تكون قد صدرت بشأنها أحكام قضائية نهائية احتراماً لمبدأ حجيتها ، وإن كنا نؤكد أن هذه النتيجة لا تنطبق على القوانين الجنائية والضرائبية الأصلح للمتهم حيث تحكمها قواعد خاصة (انظر سابقا ص ١٠٧) .انظر في المطالبة بعدم نفاذ التفسير الملزم الصادر من المحكمة الدستورية العليا إلا على ما يرفع من نزاعات بعد صدوره دون المنازعات القائمة حتى لا يستغل سلاح التفسير للتأثير ولو نظرياً على القضاة : الإهواني رقم ٢٨٢ ص ٢٥١. وقد حكم بأنه إذا أضاف القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ المعدل للمادة ٩٧٠ من القانون المدني القائم حكماً جديداً يقضي بعدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو كسب أي حق عيني عليها بالتقادم ، فإنه يعتبر منشئاً لحكم مستحدث ولا أثر له على ما تم كسب ملكيته بالتقادم من أموال الدولة الخاصة قبل العمل به : نقض مدني في ٢ من يونيه/حزيران سنة ١٩٨٥ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٦ ، رقم ١٧٤ ص ٨٤٨ . وانظر في رفض الاعتراف بالصفة التفسيرية لتفسير صدر من المحكمة العليا منطوياً على تعديل للنص حيث يبدأ سريانه بعد فترة لاحقة على سريان القانون الأصلي : محكمة شمال القاهرة الابتدائية (دائرة الجنح المستأنفة) ، دعوى رقم ٥٨١ لسنة ١٩٧٧ في ٩ من مايو/أيار سنة ١٩٧٧ ، المحاماة س ٥٧ ، العددان ٧ و ٨ (سبتمبر/أيلول – أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٧٧ ص ٨٤ / مشار إليه لدى جلال إبراهيم تتمة هامش رقم ١ ص ٢٧٤) .

(١٠٩٧) أو الحكومي : الإهواني رقم ٢٨٦ ص ٢٥٤.

والقضاة على حد سواء بل أن التعليمات الوزارية نفسها لا تلزم جهة الإدارة أيضاً[1098]. وقد حكمت محكمة النقض المصرية في ٢١ من مارس/ آذار سنة ١٩٨٢ تطبيقا لذلك بأنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التعليمات الوزارية الصادرة عن الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة ما هي إلا قرارات تنظيمية غير ملزمة وليست لها صفة التشريع[1099].

ويحذر البعض في الفقه من هذه التفسيرات التي قد تستعملها الإدارة في تفسير وتطبيق القانون على نحو مخالف لمقصود المشرع[1100]، وإن كان العمل يثبت أنها في تزايد وانتشار .

ويعتبر البعض الآخر الفتاوى التي تصدر من إدارات الفتوى بمجلس الدولة لتفسير الموضوعات التي تحيلها إليها الوزارات المختصة من قبيل التفسيرات الإدارية غير الملزمة[1101]. وهذا الرأي صحيح من الوجهة القانونية مع ملاحظة أن المشرع[1102] جعل رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ملزماً للأطراف المتنازعة بشأن المنازعات التي تنشأ بين الوزارات أو

(١٠٩٨) فرج رقم ٢٢٨ ص ٢٨٤ هامش رقم ١ والإهواني رقم ٢٨٧ ص ص ٢٥٥ : ٢٥٦ والمهدي ص ٢٨٢ وما بعدها وانظر أيضاً رسالة رفاعي سعد ، سابق الإشارة إليها ، ص ١٢٥.

(١٠٩٩) نقض مدني في ٢١ من مارس/ آذار سنة ١٩٨٢ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٣ رقم ٥٨ ص ٣١٦ و٣٠ من يوليو/تموز سنة ١٩٨٩ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٤٠ ، رقم ٢٩٩ ص ٨٠٩ ، و٢٣ من فبراير/شباط سنة ١٩٩٢ طعن رقم ١٨٢١ س ٥٨ق ، مجلة القضاة ، س ٢٥ ، ع ١٧ ، يوليو/تموز – ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٢ ، ص ٦١٥ كما حكم بأن التعليمات العامة للنيابة هي في حقيقتها توجيهات ملزمة أصدرها النائب العام إلى وكلائه وموظفي أقلام الكتاب . ويتعين على هؤلاء وأولئك باعتبارهم مخاطبين بها العمل على تنفيذ ما تضمنه من أوامر بصفة دائمة وبصورة منتظمة بشرط ألا تخالف قانونا قائما : المحكمة الإدارية العليا في ٢٧ من فبراير/شباط سنة ١٩٨٢م مجموعة أحكام المحكمة ، ص ٢٧ رقم ٥٢ ص ٢٦٤ . وفي نفس المعنى قضي بأن التعليمات الإدارية الصادرة بقرار من وير العدل المتعلقة بتقدير رسوم الشهر العقاري ليس لها القوة الملزمة ولا تنزل منزلة التشريع وإنما اقتضتها ظروف العمل فيما يتعلق بتقدير الرسوم دون أن يتضمن نسخاً للقواعد المؤثرة أصلاً في مواد القانون أو ترتيب أي جزاء على مخالفتها (نقض مدني ، ٣٠ من يونيه/حزيران سنة ١٩٩٦ ، طعن رقم ١١٨٧ س ٦٠ق ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، العدد الرابع س٤١ (أكتوبر/تشرين الأول – ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٧ ص ص١٤٦ : ١٤٨).

(١١٠٠) المهدي ص ص٢٨٦ : ٢٨٧ .

(١١٠١) الإهواني رقم ٢٨٩ ص ٢٥٦ .

(١١٠٢) مادة ٦٦ / د من القرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢(سالف الذكر) .

بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين المؤسسات العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض .

٣- **التفسير الفقهي (Ineterprétation doctrinale)** : يعد التفسير الفقهي مثالا لما يجب أن يكون عليه التفسير من حيدة وتجرد ومنطقية واهتمام بالتأصيل القانوني بغض النظر عن الظروف العملية المصاحبة للمسألة موضوع البحث ، فهو ضرب من ضروب التفسير النظري غير الملزم للنصوص التشريعية يضمنه الفقهاء مؤلفاتهم المتمثلة في الشروح والتعليقات والمقالات والأبحاث .

فيقف بذلك الفقيه بين المشرع والقاضي ، فيؤصل أحكام التشريع ويعلق على أحكام القضاء ليصل بذلك إلى نوع من التأثير المتبادل بين كل منهما والآخر دون أن يحرم نفسه من هذا التأثير المفيد : وبيان ذلك أن المشرع يزود الفقيه بالنص التشريعي ويقوم القاضي بتقديم بعض الفروض العملية التي عرضت عليه عند تطبيق هذا النص مع اجتهاداته[١١٠٣] بشأنها ثم يأتي دور الفقيه في إبراز نقاط القوة ومواطن الضعف في الحل المطروح مستأنسا في ذلك بالنظم القانونية الأجنبية بما يحقق للحلول القانونية الأصالة والعملية .

وليس لتفسير فقهي مهما كان مصدره حجية ملزمة[١١٠٤] بالنسبة للقاضي أو المشرع أو حتى بالنسبة للفقيه نفسه . لذلك يعد الطعن على حكم قضائي مخالف لما استقر عليه إجماع الفقهاء أو غالب الرأي لديهم غير مبرر مادام الحكم قد قام على أسباب قانونية سائغة . وكذلك فإن القاضي لا يستطيع أن يكتفي بالاستشهاد برأي فقيه ليسند حكمه إليه[١١٠٥] إلا إذا تبين الأسباب التي أقام هذا الفقيه عليها رأيه واقتنع بها[١١٠٦].

خلاصة القول أن التفسير عند الفقيه غاية وليس وسيلة بخلاف التفسير عند

(١١٠٣) كيره رقم ٢١٢ ص ٤٠١ .

(١١٠٤) فهو مصدر استثنائي : شنب رقم ٧٧ ص ١٠٠ .

(١١٠٥) تناغو رقم ٢٥١ ص ٧٤٨ .

(١١٠٦) حكم بأن استناد المحكمة إلى فتوى صادرة من المعهد اليوناني للقانون الدولي كعنصر من عناصر البحث التي استأنست بها لتعرف الرأي السائد في تأويل نصوص القانون اليوناني لا يعتبر تخلياً منها عن وظيفتها : نقض مدني في ٢٢ من أبريل/نيسان سنة ١٩٥٩ ، مجموعة المكتب الفني ، رقم ٥١ ص ٣٣١ .

القاضي إذ هو وسيلة لحل النزاع المعروض[١١٠٧] وهو لذلك مجرد من أية صفة إلزامية وإن ظل دائماً معينا على تأصيل الحلول القانونية لفروض مجردة من صنع خيال الفقيه أو فروض عملية من صنع الأفراد ومطروحة في نزاعات قضائية .

٤- **التفسير القضائي**[١١٠٨] (Interprétation jurisprudentielle) : وهو تفسير عملي متميز[١١٠٩] ينفرد به القاضي ويتمثل في اجتهاده في البحث والتأصيل القانوني عند إنزال حكم القانون بنزاع مطروح عليه الفصل فيه . وهذا التفسير بوجه عام لا يلزم القاضي أو المشرع أو الفقيه[١١١٠].

مع ذلك تختلف النظم القانونية المعاصرة في شأن تحديد القوة الإلزامية للتفسير القضائي أو بالأحرى للحكم القضائي ، فنميز بين اتجاهين وهما : النظام اللاتيني الذي يجرد التفسير القضائي من كل قوة ملزمة كقواعد عامة ، والنظام الأنجلو أمريكي أو نظام "الكومان لو" (Common Law) والذي يجعل القاضي صانعاً للقانون (Judge Made law) فيأخذ فيه بنظام السوابق القضائية[١١١١]. بعبارة أخرى إذا كان النظام اللاتيني يقوم على مبدأ عدم إلزام الحكم القضائي لغير أطرافه فإن النظام الأنجلو أمريكي يجعل الحكم القضائي سابقة يلتزم بها سائر القضاة المساوين له في

(١١٠٧) السعدي رقم ٥٤ ص ١٢٨.

(١١٠٨) " كانت في مصر لجنة مراقبة قضائية أنشئت بقرار من وزير الحقانية في ١٦ من فبراير/شباط سنة ١٨٩١ بناء على قرار مجلس النظار (الوزراء) في ١٤ من فبراير/شباط سنة ١٨٩١ وكانت مكونة من عدد من رجال القانون وتجتمع للبحث في الأحكام التي تصدر من المحاكم الأهلية غير محكمة الاستئناف أو محكمة الجنايات بناء على عرض مفتشون في وزارة الحقانية وتصدر قرارا برأيها ثم تعمل مذكرة عامة أو خاصة برأيها في القانون وتنشره في المجموعة الرسمية وغيرها وعند تعددها تجمع في كتاب مرتب بفهرست ورغم إنها لم تكن ملزمة للقضاء فقد كانوا يشيرون إليها كثيراً . وقد جمعت هذه المذكرة باللغة الفرنسية وترجمها القاضي محمد أحمد عرفة بك إلى العربية وكانت توزع على القضاة وأعضاء النيابة ومتاح للجميع الحصول عليها (مرسي رقم ٢٦٩ ص ٢٧٤) ولم يكن رأي هذه اللجنة واجب الاتباع بل رأي صادر عن عدد من العلماء قيمته تتبع من قيمة الأسباب والحجج التي ينبني عليها (صفوت ص ص ١٧١ : ١٧٢) .

(١١٠٩) بدير ص ٢٧٤ وانظر رسالة رفاعي سعد ، سابقة الإشارة إليها ، ص ١٢٠ حيث يعتبر أن التفسير الصادر من المحكمة الدستورية بعد تفسيراً قضائياً وليس تشريعياً ملزماً .

(١١١٠) لذلك يعد التفسير الصادر من القاضي في غير مجلس القضاء تفسيراً فقهياً : جلال إبراهيم رقم ١٥٧ ص ٢٩٣ .

(١١١١) صدرت في كثير من الدول الأنجلو أمريكية مثل إنجلترا و الولايات المتحدة الأمريكية سلسلة كبيرة من القوانين تنظم مختلف المسائل دون أن ينال ذلك من مبدأ أن القانون من صنع القضاة .

الدرجة أو الأدنى منه في هذا الشأن [١١١٢].

وما يعنينا في هذا الشأن هو أن النظام القانوني المصري ، وهو يدخل في زمرة النظم اللاتينية ، يقصر حجية[١١١٣] الحكم على أطرافه[١١١٤]، ويخرج عن هذا القاعدة في حالة وحيدة وهي إلزام قضاة الموضوع بالتفسير القانوني لمحكمة النقض عند نقضها لحكمهم . ومن المعروف أن محكمة النقض إذا نقضت الحكم للمرة الأولي ترده – كقاعدة عامة – لقضاة محكمة الاستئناف للحكم فيه مع التزامهم بالرأي القانوني الذي قالت به محكمة النقض ، فإذا أصرت محكمة الاستئناف على الرأي المخالف وطعن فيه أمام محكمة النقض للمرة الثانية التزمت محكمة النقض بالحكم بنفسها في الموضوع متبنية في حكمها – بطبيعة الحال – التفسير الذي أخذت به بداية[١١١٥]. وفيما عدا ذلك فالأحكام القضائية للمحكمة العليا ليست ملزمة للمحاكم لأن حجيتها مقصورة على أطرافها [١١١٦]

نخلص من هذا كله إلى أن أنواع التفسير تتكامل ولا تتنافر ، حيث يزود كل من الفقيه والقاضي ورجل الإدارة المشرع بفروض عملية واقعية ، فيؤثر كل منهما في الآخر :

فالمشرع : يتعرف على مشكلات تطبيق النصوص القانونية التي يصدرها مما

(١١١٢)السعدي رقم ٥٦ ص ١٣٤.

(١١١٣) نفرق في هذا الصدد بين فكرتي حجية الأمر المقضي Auntorite de la chose jugée وقوة الأمر المقضي Force de la chose jugee وتثبت الحجية للقرار القضائي بمجرد صدوره ، أما القوة فلا تثبت له إلا إذا كان لا يقبل الطعن فيه بالمعارضة أو بالاستئناف وذلك سواء صدر لا يقبل الطعن فيه بأي من هذين الطريقين أو أصبح كذلك بانقضاء مواعيد الطعن أو برفض الطعن أو عدم قبوله ، ويحوز القرار القوة ولو كان يقبل الطعن فيه بطريق طعن غير عادي (نقض أو التماس إعادة النظر) أو طعن فيه فعلاً بهذا الطريق (الأستاذ الدكتور فتحي والي ، قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٣ ، رقم ٨٤ ص ١٣٨) .

(١١١٤) انظر في دور أحكام المحاكم في سد نقص التشريع : مرسي ومصطفى رقم ٢٧١ ص ٢٧٦.

(١١١٥) ولا ينال هذا كله من القيمة الأدبية العظيمة لقضاء محكمة النقض والتي تجعل القضاة الأدنى يسيرون عليه إلا في النادر انظر سابقاً ص ٢٥٠ .

(١١١٦) وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في هذا المعنى بأن عدول الحكم المطعون فيه عن المبادئ المستقرة للمحكمة الإدارية العليا – بفرض صحته – لا يرتب البطلان (المحكمة الإدارية العليا ، الدائرة الثانية ، الطعن رقم ٧٠١٨ لسنة ٤٤ق ، جلسة ١٠ من يونيه/حزيران سنة ٢٠٠٠ ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، العدد الرابع ، السنة الرابعة والأربعون ، أكتوبر/تشرين الأول – ديسمبر/كانون الأول سنة ٢٠٠٠ ، ص ١٦١).

يسهل مهمته التشريعية الإصلاحية ، فيصلح عيوب الصياغة وقصور النصوص.

والفقيه : يجد في النصوص التشريعية وأحكام القضاء مادة علمية لأبحاثه ودراساته على نحو يخرجه إلى آفاق بحثية رحبة ويوجهه إلى قراءات متفرقات حتى يتخذ منها موقفاً قانونياً سليماً .

والقاضي : يستعين بآراء الفقيه عند تطبيقه لنصوص التشريع ويجتهد برأيه فيما يعرض عليه من نزاعات وقضايا في ضوء ذلك .

ورجل الإدارة : يجد في أحكام القضاء وآراء الفقهاء هاديا له عند إصدار التفسيرات الإدارية مما يجنبه مشكلات التطبيق مع الأفراد والجهات الأخرى ويساعد على الاستقرار وبعث الثقة في مواقفه عندما يؤيدها الفقه والقضاء.

علي أية حال فإن الذوق السليم وسع العلم ومرونة الفكر(١١١٧) تعد كلها أمورا هامة وضرورية لكل من يتعامل مع النصوص التشريعية بغرض التفسير والتطبيق.

المبحث الثاني
مذاهب التفسير

نميز بين مذاهب ثلاثة تحكم عملية تفسير النصوص القانونية بوجه عام ، هذه المذاهب هي مذهب الشرح على المتون (أو التزام النص) والمذهب التاريخي الاجتماعي وبينهما مذهب ثالث هو المذهب العلمي (أو مذهب البحث العلمي الحر). ويحتاج ذلك كله إلى بعض التوضيح ببيان مضمون كل مذهب ثم تقديره .

المطلب الأول
مذهب الشرح على المتون
(أو مذهب التزام النص) (١١١٨)

(١١١٧) صفوت ص ١٨١.

(١١١٨) وتسمى أيضاً مدرسة تفسير النصوص (عبد الباقي ص ٤٢) أو المحدثين .

Doctrine de l'exégèse

ظهر هذا المذهب إثر صدور تقنينات نابليون سنة ١٨٠٤م كأثر طبيعي للمذهب الشكلي للقانون الذي يرى في القانون مجرد أمر صادر من سلطة عليا تملك الجبر والإكراه إلى الأفراد العاديين متضمناً إرادة السلطة التي لا تقبل التحوير أو التبديل(١١١٩). فما هو المضمون الذي يحتويه هذا المذهب وما هي قيمته ؟ للإجابة عن هذا التساؤل نعرض لمضمون المذهب ثم نعكف على تقديره .

أولاً : مضمون المذهب : تقديس النصوص : يقوم هذا المذهب على قاعدة هامة انطلاقاً من أن قانون نابليون حوى كل شئ ، هذه القاعدة هي تقديس النصوص التشريعية . ويترتب على هذه القاعدة نتيجتين هما : احتكار المشرع للتشريع واكتمال إرادة المشرع الحقيقية بإرادته المفترضة وذلك على التفصيل الآتي :

١- **احتكار المشرع للتشريع** : يرى أنصار هذا المذهب أن النصوص التشريعية تتمتع بالتقديس والاحترام فهي إرادة الحاكم أو السلطان التي عبر عنها في نصوص وسعت كل شئ(١١٢٠)، فلا يملك القاضي أو الفقيه أن يضيف إليها أو ينتقص منها(١١٢١) ويخلصون إلى القول بأن القصور لا ينسب إلى المشرع وإنما يسند إلى المفسر سواء أكان فقيهاً أم قاضياً، فالمفسر المتمكن يجد في النص التشريعي إجابة عن كل تساؤل ، وينوهون أيضاً بأن العرف لا ينشئ قواعد قانونية إلا بموافقة المشرع وإجازته(١١٢٢).

٢- **إرادة المشرع المفترضة تكمل إرادته الحقيقية** : ومفاد ذلك التفرقة بين الإرادة الحقيقية والإرادة المفترضة للمشرع على النحو الآتي :

(١١١٩) انظر في تفصيل ذلك بوجه خاص السعدي رقم ٦٠ ص ١٤١ وما بعدها وأبو السعود ص ٥٥١ وانظر لاحقا دراستنا لهذه المدرسة ضمن دراستنا للنظريات التي قيلت في بيان أصل القانون ص ٣٨٧ وما بعدها.

(١١٢٠) فالمفروض أن المشرع عني كل ما قال وقال كل ما عني : السنهوري وأبو ستيت رقم ١٨٠ ص ٣٣٨ وفرج رقم ٥٠ ص ٩٠ ويحيى ص ٢٠١ .

(١١٢١) ويتفق أصحاب هذه النظرية في ذلك مع أوستن : انظر لاحقاً دراستنا لمذهب أوستن ضمن المذاهب المبينة لأصل القانون ص ٣٩٠ وما بعدها .

(١١٢٢)جمعة ص ٩٣ .

أ– الإرادة الحقيقية (Volonté réelle) : ويمكن التعــرف علـــى هــذه الإرادة بوسائل داخلية أو بوسائل خارجية :

(١) وسائل داخلية : وتكون بالتفسير اللفظي ثم اللغوي ثم المنطقي لعبـــارات النصوص التشريعية .

(٢) وسائل خارجية : وتكون بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية للنصـــوص التشريعية والسوابق التاريخية .

وما يعنينا هو أن إعمال هذه الوسائل يستهدف الكشف عن إرادة حقيقة موجودة بالفعل لدى المشرع .

ب – الإرادة المفترضة (Volonté Presumée) : وتعد وسيلة التعرف على هذه الإرادة هي دراسة منهج المشرع في التفسير وسوابقه التاريخية وآراء الفقيه Pothier الأب الروحي لتقنينات نابليون ، وبدراسة هذا كله يتمكن المفسر من الوصول إلى الحكم الذي كان سيضعه للحالة المعروضة إذا كانت قد طرحت عليه عند صياغته للنصوص موضوع التفسير ، والعبرة في ذلك هي بوقت إعداد التشريع وليس بوقت تفسيره . وهنا يتجلى الفارق بين الإرادة الحقيقية والإرادة المفترضـــة للمشـــرع : فالأولي موجودة بالفعل ودور المفسر هو الكشف عنها أما الثانية فهي غير موجودة ويقوم المشرع بتصورها وافتراضها بعد أن يضع نفسه في الظروف التـــي كانـــت تعاصر المشرع عند وضع التشريع(١١٢٣).

ثانيا : تقدير المذهب : لم يسلم فكر هذا المذهب من النقد كأي مذهب علمي ، فذهب البعض إلى الدفاع عنه مبرزا مزاياه في حين طفق البعض الآخر في انتقاده لتقويض أركانه :

١– المزايا : حقق هذا المذهب في نظر أنصاره عدة مزايا تفرعت جميعا عن تقديسه للنصوص التشريعية ويمكن أن نوجز هذه المزايا في ثلاثة هي :

(ا) منع تحكم القاضي ، فقصرت هذه الدراسة دور القاضي على التوصل إلى

(١١٢٣) ويوصي أنصار هذا المذهب بعدم الالتجاء إلى هذه الإرادة إلا إذا كان من شأن ذلك استبعاد الحلول التي تؤدي إلى ظلم بَينّ أو التي يؤدي الأخذ بها إلى اتهام المشرع بالمهاترة أو التخبط : عرفـــة ص ٢١٥ .

إرادة حقيقية أو مفترضة للمشرع لأن المشرع يشرع والمفسر يفسر ما شرع .

(ب) توحيد الحلول القانونية : يترتب على اقتصار دور القاضي على تطبيق حكم النص بعد تفسيره أيا كانت ظروف النزاع المطروح أمامه وحدة الحلول القانونية في كل الأحوال .

(جـ) احترام النص القانوني : وهذه الميزة مرتبطة بالميزة السابقة لأن توحيد الحلول القانونية فيه احترام للنص القانوني وتوقير له .

٢- العيوب : تجلت هذه العيوب في مسألة تجميد الفكر القانوني[١١٢٤] ، وهذا ما يبدو في الأمور الآتية :

أ – جعل النصوص التشريعية مصدراً وحيداً للقانون جامعاً لكل شئ مما جعل من المفسر آلة لترجمة إرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة دون أن يتعمق في العوامل الأساسية التي أثرت في نشوء هذه الإرادة .

ولعل أسوء ما في ذلك هو إغفال دور الأمة في خلق وإنشاء القواعد القانونية العرفية[١١٢٥] .

ب- الإسراف في احترام وتقديس النصوص على حساب العدالة ، فحرمت القاضي من أن يحيد عن النص التشريعي ولو أدي به ذلك إلى نتائج مخالفة للعقل والمنطق[١١٢٦]. فتقديس النصوص أدي إلى تقديس إرادة المشرع واعتبار السلطان كل شئ في القانون [١١٢٧].

جـ- اصطناع إرادة مفرضة للمشرع مما جعل القاضي ينحرف عن وظيفة التفسير إلى التشريع فحق عليها القول "أنها تنطوي على تحميل المشرع لنوايا محتملة مما .. يشعب الآراء ويؤدي إلى المعاطب" [١١٢٨].

د – عزل النصوص التشريعية عن الواقع العملي [١١٢٩]، فألزم أصحاب هذا

(١١٢٤) كيره رقم ٢١٤ ص ٤٠٩ .
(١١٢٥) خضر رقم ٩٤ ص ١١٥.
(١١٢٦) منصور رقم ١٦٣ ص ٢٨٩.
(١١٢٧) فرج رقم ٢١ ص ٩٢.
(١١٢٨) الزيات ص ص١٥ : ١٦ .
(١١٢٩) وهذا المحظور هو الذي وقعت فيه مدرسة الشرح على المتون : عرفه ص ٢٢٠ .

المذهب المفسر بالبحث عن الإرادة المفترضة للمشرع عند وضعه للنصوص التشريعية [1130] رغم وجوب انعكاس أثر الزمان على هذه الإرادة . مثال ذلك تفسيرهم للمادة ٥٥٤ من التقنين المدني الفرنسي التي تحظر على الزوج التصرف في عقارات الدوطة لتستردها الزوجة وورثتها عند انتهاء عقد الزواج . فقد ثار النزاع بشأن سريان هذا الحظر أيضاً على المنقولات التي تقدم كدوطة والتي أصبحت ذات قيمة عظيمة لا تقل عن قيمة العقارات ؟ فكان رأي أنصار هذا المذهب هو إعمال النية المفترضة للمشرع عند التشريع وعدم سحب حكم هذه المادة على المنقولات لضعف قيمتها في تاريخ وضع النص ، على الرغم من أن نيته المحتملة كانت ستنصرف حتماً إلى سحب الحظر على المنقولات لتوافر الحكمة من ذلك وهو ارتفاع قيمتها المالية الحالية .

علي أية حال فإن هذه العيوب لم تنل من الانتشار والذيوع الذي كتب لفقه هذا المذهب والذي مازالت آثاره قائمة حتى الآن ، فمازال شراح القانون – إلى حد كبير – شراحاً للنصوص حتى وقتنا هذا[1131].

المطلب الثاني

المذهب التاريخي الاجتماعي

(Doctrine Historique - Sociale)

ظهر هذا المذهب في القرن التاسع عشر استناداً إلى الفلسفة الواقعية التي تجعل من القانون مرآة لحاجات الناس ومشاكلهم داخل البيئة التي يعيشون فيها . فتعزي نشأة القانون إلى تطورات تاريخية وتنسب تطوره إلى اعتبارات اجتماعية . ونعرض هنا لفكر هذا المذهب ثم ننصرف إلى تقديره [1132].

(١١٣٠) فكانت تنطوي على دوران للتفسير كله في فلك إرادة المشرع : أبو السعود ص ٥٥٧ .

(١١٣١) تناغو رقم ٢٥٤ ص ٧٥٢ وينوه سيادته بحق بأن أعظم من برع في التاريخ في استخدام قواعد التفسير اللفظي هم فقهاء الشريعة الإسلامية لتميزهم عن مدرسة الشرح على المتون بتعدد مصادر الشريعة الإسلامية التي يطبقون عليها قواعد التفسير اللفظي التي أتقنوها (تناغو رقم ٢٦٢ ص ٧٦٢ وهامش رقم ٤٥٦) وانظر ما يقول به البعض من أن هذه النظرية استنفدت أغراضها (القاضي ص ٨٧) .

(١١٣٢) انظر في تفصيل ذلك بوجه خاص السعدي رقم ٦٥ ص ١٦١ وما بعدها وأبو السعود ص ٥٥٨ .

أولا : مضمون المذهب : المفهوم البيئي للقانون : ينظر أصحاب هذا المذهب إلى القانون بوصفه وليد البيئة التي يعيش فيها المشرع ، وهذا ما عبر عنه مونتسكيو أحد أهم دعاة هذا المذهب في النصف الثاني من القرن التاسع عشر – بقوله إن الطبيعة والمناخ والدين والتشريعات والمبادئ الأساسية للحكومة عبر الماضي والأخلاق والسلوكيات تشكل جميعاً الروح العامة لحكم الأفراد ، وأن هذه الأمور تختلف من دولة إلى أخرى(١١٣٣) . ومفاد ذلك هو أن القانون محصلة المجتمع بماضيه وحاضره ، وهذا معناه أن القانون متطور بتطور المجتمع ذاته ، فلا يوجد قانون طبيعي واحد يصلح للتطبيق في كل زمان ومكان .

ثانيا : تقدير المذهب : نفرق في هذا الشأن بين المزايا والعيوب على النحو الآتي:

١ – المزايا : تنحصر مزايا الفكر الذي نادي به هذا المذهب في الأمور الآتية:

(ا) لفظ فكرة القانون الطبيعي الصالح للتطبيق في كل زمان ومكان والتي تتعارض مع الواقع تعارضها مع المنطق .

(ب) تحرير القانون من سيطرة المشرع ، فبصدور القانون ينفصل عن إرادة واضعيه ويلتزم المفسر بالبحث عن إرادة المشرع المحتملة عند تطبيق النص ، ويتحرر في البحث عن إرادته الحقيقية أو المفترضة عند وضعه .

(ج) التأكيد على المفهوم الاجتماعي للقانون وارتباطه بحاجات الناس ومشكلاتهم.

٢ – العيوب : أخذ على المذهب التاريخي الاجتماعي الأمور الآتية :

(ا) الخلط بين دور المفسر ودور المشرع ، فيجعل هذا المذهب من التفسير أداة لتعديل النصوص وليس كشفا عن مضمونها(١١٣٤)، وفي هذا انتهاك لمبدأ الفصل بين

(١١٣٣) MONTESQUIEU، De l 'esprit des lois، Édition GE/France، 1979، Vol.1 ، Livre xi chapitre iv p.461.

(١١٣٤) منصور رقم ١٦٤ ص ٢٩١ وخضر رقم ٤٠ ص ٥٦ .

السلطات وإنشاء للنصوص بدلاً من تفسيرها [١١٣٥].

(ب) الإضرار باستقرار المعاملات ، فيجعل للقانون المعنى الذي يريده له المفسر وهو ما يفقد القاعدة القانونية قيمتها كقاعدة ثابتة ومستقرة وواضحة ويفتح الباب واسعاً أمام المفسر للتحكم تحت ستار التفسير[١١٣٦] بحثاً عن الإرادة المحتملة للمشرع .

(ج) نسبة القانون إلى روح الأمة وتعدد عناصر هذه الروح على الرغم من أن الواقع أثبت أن قانونا مثل القانون الروماني فرض على أمم كثيرة وطبق عليها رغم اختلاف البيئة الزمانية والمكانية [١١٣٧].

(و) إنكار دور الفكر الإنساني في إنشاء القاعدة القانونية ، فإسناد هذا الدور إلى المجتمع دون سواه يحرم الأفراد من الحق في توجيه الإصلاح القانوني [١١٣٨].

المطلب الثالث

المذهب العلمي (أو مذهب البحث العلمي الحر) [١١٣٩]

Doctrine Scientifique ou de la libre recherche scientifique ou de science et technique

ينتهي نسب هذا المذهب إلى الفقيه الفرنسي جيني (Geny) صاحب كتاب العلم والصياغة بأجزائه الأربعة التي صدرت على التوالي في الفترة ما بين سنة ١٩١٤ إلى سنة ١٩٢٤م [١١٤٠] .

أولاً : مضمون المذهب : التفسير المركب للقانون : يرى صاحب هذا المذهب أن الحق في جانب أنصار مذهب الشرح على المتون عندما يقولون بأن دور

(١١٣٥) سلامة رقم ٨٧ ص ١٩٥ ، وتناغو رقم ٢٥٦ ص ٧٥٤ وكيره رقم ٢١٦ ص ٤١٠ .

(١١٣٦) يحيى ص ٢٠٣ وأبو السعود ص ٥٦٠ والإهواني رقم ٢٩٥ص ٢٥٩ .

(١١٣٧) السعدي رقم ٧٠ ص ١٧٣ .

(١١٣٨) السعدي رقم ٧٠ ص ١٧٣ .

(١١٣٩) أو مذهب العلم والصياغة : انظر في تفصيل عرضها السعدي رقم ١٧٣ ص ١٨٧ وما بعدها .

(١١٤٠) انظر لاحقا دراستنا لهذه النظرية ضمن دراستنا للمذاهب المبينة لأصل القانون ص ٤١٨ وما بعدها.

المفسر هو الوصول إلى الإرادة الحقيقية للمشرع عند وضع النص ، في حين يجانبها الحق عندما تنادي بالبحث عن النية المفترضة للمشرع إذا قصرت الإرادة الحقيقية عن تقديم الحل للمسألة المعروضة لأن المشرع لا تفترض نيته أبدا .

ويجد أن الحل في هذه الحالة هو في أن يولي المفسر وجهه شطر المصادر الرسمية الأخرى للقانون مثل العرف ، فإذا لم يجد فيها حلا لجأ إلى البحث العلمي الحر بحثا عن العناصر المكونة للنص القانوني التي يكشف عنها العلم دون التزام بشكل النص أو صياغته . ومن هنا سميت بنظرية العلم والصياغة ، فهي تلجأ إلى العلم لكشف العناصر المكونة للقانون وتهدر الصياغة . وهذه العناصر هي على التوالي المعطيات الواقعية والطبيعية والتاريخية سالفة الذكر ، وأخيرا المعطيات المثالية المعبرة عن مثل المجتمع وقيمة ومبادئه ، فمن جماع هذه المعطيات التي سندرسها في معرض بحثنا للنظريات التي قيلت في بيان اصل القانون تتكون مادة القانون التي يشكل كل من المشرع والمفسر منها القاعدة القانونية .

الخلاصة أنه في حالة وجود نص يحتاج إلى تفسير يقوم المفسر بالبحث عن الإرادة الحقيقية للمشرع في النص المعنى ثم في النصوص المكونة للمصادر الرسمية الأخرى ، فإذا لم يجد حلا أطلق العنان لفكرة لاستخلاص الحل من خلال دراسته للعوامل التي أسهمت في تكوين هذا النص القانوني .

ثانيا : تقدير المذهب : استطاع هذا المذهب المزج بين مذهب الشرح على المتون ومذهب التاريخية الاجتماعية فأخذ من كل منهما بالشق غير الخلافي ليتفادى النقد الذي قد يوجه إليه . ومع ذلك لم يسلم من النقد ، فما هي مزاياه وما هي عيوبه ؟

١- **المزايا** : نوجز هذه المزايا في الآتي :

(أ) الاعتراف بتعدد مصادر التفسير ، فلم يعد التفسير لديه مقصورا على التشريع فحسب بل امتد ليشمل المصادر الرسمية الأخرى مثل العرف .

(ب) عدم تقديس النصوص القانونية مما ترتب عليه قبوله لقصورها من حيث المبدأ وإمكانية تفسيرها عند عدم وجود نص دون ارتباط بالإرادة الحقيقية أو المفترضة للمشرع .

(جـ) منطقية دعوته إلى البحث العلمي الحر المركب العناصر عند عدم وجود نص ، فوفق بذلك بين مذهبي الشرح على المتون والتاريخية الاجتماعية . فجعل دور القاضي هو إكمال نقص المصادر الرسمية بالرجوع إلى جوهر القانون دون أن يخلق قواعد قانونية جديدة . فرجوعه إلى جوهر القانون كان بغرض العثور على حل لنزاع معين وليس لوضع قاعدة قانونية عامة مجردة (١١٤١) .

٢- **العيوب** : لم يسلم هذا المذهب من سهام النقد وأهمها(١١٤٢) :

(أ) الخلط بين دور القاضي المفسر ودور المشرع المنشئ ، فيجعل لجوئها إلى المعطيات المكونة لمادة القاعدة القانونية مقبولاً : فيشكل منها المشرع قاعدة عامة للنزاعات ويكون منها القاضي حلا خاصا بالنزاع المطروح عليه . ولا يعكس هذا الاختلاف في الغاية اختلافاً في جوهر وظيفتهما وفي هذا خلط غير محمود بين دور كل منهما .

(ب) اضطراب المعاملات ، فيختلف الحل القضائي في النزاعات المتماثلة لأن ما يصل إليه قاض من حلول لا يلزم باقي القضاة.

(جـ) عدم تبني معيار واضح منضبط ، وبديهي أن مثل هذا المعيار وحده هو الذي يؤدي بالمفسر إلى هدفه دون زلل أو خطأ(١١٤٣) .

(د) الربط بين التفسير وبين ظروف المجتمع عند إصدار التشريع وليس وقت تطبيقه، فأهدرت بذلك حقيقة تطور المجتمع ، وهي في هذا الشأن تستحق ما قيل في شأن مذهب الشرح على المتون.

(هـ) رد نشوء القاعدة القانونية إلى معطيات واقعية أو طبيعية ، وتاريخية ، وعقلانية مثالية وإغفال دور السياسة القانونية التي تعد فناً منفصلا عن العلم والصياغة .

ويجدر التنويه بأن أفكار هذا المذهب رغم ما وجه إليها من نقد تعد من المسلمات التي يعتمد عليها الفقه الحديث علاوة على أن جذورها تمتد إلى الفيلسوف الأشهر أرسطو(١١٤٤).

(١١٤١) كيره رقم ٢١٨ ص ٤١٢ وأبو السعود ص ٥٦٤ .

(١١٤٢) السعدي رقم ٧٨ ص ٢٩١ وما بعدها .

(١١٤٣) يلاحظ أن جيني يستبعد القياس كوسيلة للبحث عن إرادة المشرع ويعتبره إحدى وسائل البحث العلمي : عرفة ص ٢٢٧ .

(١١٤٤) تناغو رقم ٢٥٧ ص ٧٥٥.

المطلب الرابع

مذهب المشرع المصري

رسم المشرع المصري في المادة الأولي من التقنين المدني طريق التفسير أمام القاضي فجعل الأولوية للتشريع ثم للعرف ثم لمبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة. وهذا كله يدل دلالة اليقين على تبني المشرع للمذهب العلمي عند عدم وجود نص قانوني(١١٤٥) .

وحددت المذكرة الإيضاحية لهذا النص الأسس التي أخذ بها المشرع في هذا الشأن وهي الآتي بيانها(١١٤٦):

١ – «ليس للتشريع (هنا) ذلك السلطان الجامع المانع الذي آمن به فقهاء الشرح على المتون في مطلع القرن التاسع عشر ... وإنما هو أهم مصادر القانون دون منازع».

٢ – التأكيد على أن النص متي خرج من يد واضعيه اتصل بالحياة وتفاعل معها وأصبح للظروف الاجتماعية في تحديد نطاقه ومراميه شأناً يجاوز في خطره نية المشرع باعتبارها أمراً مستتراً يفترض وجوده في الغالب وقد لا يطابق الحقيقة في كثير من الأحيان وقد لا يتاح الوقوف عليه في أحيان أخرى(١١٤٧).

٣– حالة وجود نص : يخلق بالقاضي – وفقا للمذكرة الإيضاحية – أن يلتمس الحكم الذي يطبق على النزاع في نصوص التشريع أولاً ومتي وجد الحكم فيه أو استخلصه منه تعين أن يمضيه وامتنع عليه الأخذ بأسباب الاجتهاد «ونصوص التشريع تسري على جميع المسائل التي ينسحب عليها حكمه سواء استخلص هذا الحكم من عبارة النص أو من روحه ، فليس أدعي إلى سلاسة تطبيق القواعد التشريعية وتيسير أسباب المرونة لها من تقصي روح النص إما بالرجوع إلى مصادره التاريخية أو أعماله التحضيرية وإما باستنباط لوازمه أو بالكشف عن حقيقة مفهومه أو دلالته بطرق التفسير المختلفة» .

(١١٤٥) خضر رقم ٤٠ ص ٥٧.

(١١٤٦) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ١ ص ١٨٧ وما بعدها .

(١١٤٧) ويجب ألا يفهم من ذلك أن واضع المذكرة الإيضاحية يعتنق مذهب المدرسة التاريخية لأن هذه الفقرة لا تعني أكثر من عدم التقيد بإرادة المشرع وقت وضع النص ، فالتفسير يجب أن يتجه إلى البحث عن المعاني التي يتحملها النص ، حتى يمكن تطبيقه على ما يعرض من مسائل ، حتى لو كانت هذه المسائل لم تكن في ذهن المشرع وقت وضع النص : منصور رقم ١٦٦ ص ٢٩٣ ويحيى ص ص٢٠٤ : ٢٠٥.

٤- حالة عدم وجود نص : يتدرج القاضي على النحو الآتي :

(أ) العرف ، يلتزم القاضي بما جاء في العرف إذا لم يجد نصاً تشريعياً .

(ب) مبادئ الشريعة الإسلامية : يطبق القاضي هذه المبادئ بوصفها مصدراً تاريخياً لشق من قواعد المشروع ومثالاً فريداً من مثل للصياغة الفنية الرفيعة لاسيما وأن أكثر أحكام القانون المدني «يمكن تخريجها على أحكام الشريعة الإسلامية في مذاهبها المختلفة في غير عناء» [١١٤٨].

(جـ) مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة[١١٤٩]: «وفي كنف هذه المبادئ والقواعد طبقت المحاكم المبادئ العامة في القانون المصري والشريعة الإسلامية وبعض القواعد المقررة في تشريعات أجنبية أو معاهدات دولية (لم تنضم إليها مصر) وعمدت إلى استحداث أحكام اقتضتها طبيعة الروابط الاجتماعية دون أن يكون لها سند من سوابق التشريع أو العرف.

وعلي هذا النحو لم يتقيد القضاء بضرورة التزام المبادئ العامة في القانون المصري فحسب وإنما استعان بهذه المبادئ كما استعان بغيرها متوخياً اختيار أصلح القواعد وأكثرها ملاءمة لطبيعة الأوضاع التي قصر القانون عن تنظيمها».

لكل ذلك يرى الفقه المصري في مجموعه في المذهب العلمي اتجاهاً سائداً في الوقت الحالي [١١٥٠] وإن كنا نلاحظ أن موقف المشرع المصري يشكل خليطاً من أسلوب المذهب التاريخي وأسلوب المذهب العلمي .

المبحث الثالث
قواعد التفسير : حالات ثلاثة

تختلف قواعد التفسير الواجبة الاتباع عند تطبيق النص الواضح بحسب حالة

(١١٤٨) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، جـ١ ص ١٨٩.

(١١٤٩) انظر دراستنا السابقة لهذا الموضوع .

(١١٥٠) منصور رقم ١٦٥ ص ٢٩٢، وتناغو رقم ٢٥٨ ص ٧٥٨ والعطار رقم ١٠٩ ص ٢٣٦ .

النص موضوع التفسير ، فنفرق بين حالتي النص السليم والنص المعيب[1151] وبينهما حالة ثالثة وهي حالة النص غير الموجود [1152].

المطلب الأول

حالة وجود نص سليم

إذا كان المفسر بصدد نص سليم [1153] يمتنع عليه الاجتهاد تطبيقاً لقاعدة لا اجتهاد مع وجود النص[1154] (Interpretatio cessat in clari/ou clara non sunt interpretanda) ، ولا يقصد بذلك أن الاجتهاد محظور بكل صوره لأن التفسير في حد ذاته اجتهاد وإنما يقصد به أن المفسر يلتزم بعبارة النص وألفاظه فلا يحيد عنها تحت ستار الاجتهاد ليصل إلى حكم أكثر عدالة في رأيه من الحكم الواضح للنص

(١١٥١) انظر في هذا التقسيم : منصور رقم ١٦٨ ص ٢٩٦ ، ويحيى ص ٢٠٦ وسلامة ، رقم ٧٠ ص ٢٠١ ، ومرقس رقم ١٢٥ ص ٣٣٨، وخضر رقم ٤١ ص ٥٨ والإهواني رقم ٢٩٧ ص ٢٦٢ وكامل رقم ٧٨ ص ١٨٥.

(١١٥٢) يعترض على هذا التقسيم من جانب البعض (السعدي رقم ٨٠ ص ٢٠٢ هامش رقم ٥ وتكملته ص ٢٠٣) على أساس أن فيه مصادرة على نتيجة للتفسير ، فكيف يتأتي معرفة أن هذا النص سليم وذلك غامض قبل القيام بعملية التفسير فمعرفة حالة النص تكون نتيجة للتفسير وبعد إعمال قواعده المختلفة.

(١١٥٣) انظر ما يقول به البعض (السعدي رقم ٩٤ ص ٢٣٩) ، استناد إلى الرأي المشار إليه في الهامش السابق من أن الوضوح وسلامة النص صفة لا تظهر إلا نتيجة التطابق في المعنى بين التفسير اللفظي والتفسير المنطقي ، لذا يفضل سيادته تسمية هذه الحالة بالتفسير المقرر للنصوص .

(١١٥٤) وتسمى أيضاً قاعدة " لا مساغ للاجتهاد في مورد النص "In claris fit interpretation : مرسي ومصطفى رقم ٢٨٦ ص ٢٨٨ ويحيى ص ٢٠٦ والشرقاوي رقم ٦٤ ص ٢٠٦ هامش رقم ١ ، أو لا" اجتهاد مع وجود النص الواضح " (القاضي ص ١٤٧) . وفي هذا المعنى حكمت محكمة النقض بأن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه متي كان النص عاما مطلقاً فلا محل لتخصيصه أو تقييده استهداءً بقصد المشرع منه لما في ذلك من استحداث حكم مغاير لم يأت به النص عن طريق التأويل (الطعن رقم ٣٨١ س ٥٥ ق في ٥ من مايو/أيار سنة ١٩٨٨ ، غير منشور) . وأكدت محكمة النقض أن " المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه متي كانت نصوص القانون واضحة جلية المعنى فإن البحث عن حكمة التشريع ودواعيه لا يكون له محل ، ذلك أن الأحكام تدور مع علتها لا مع حكمتها ، ومن ثم فلا يجوز إهدار العلة والأخذ بالحكمة عند وجود نص واضح سليم" (نقض مدني ، طعن رقم ٥٥٠٣ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢١ من فبراير/شباط سنة ٢٠٠٠ ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، العدد الرابع ، السنة الرابعة والأربعون ، أكتوبر/تشرين الأول – ديسمبر/كانون الأول سنة ٢٠٠٠ ص ص١٤٤ : ١٤٥) .

السليم موضوع التفسير . لأن هذه هي مهمة المشرع دون سواه [١١٥٥].

ويتم التوصل إلى الحكم الوارد في النص السليم عن طيق استخلاص المعنى إما من عبارة النص وإما من روح النص وفحواه [١١٥٦]، وفي هذا الفرض الأخير يلجأ المفسر إلى المعنى الذي يشير إليه النص (الإشارة) أو يدل عليه (الدلالة) وذلك على التفصيل الآتي:

١- المعنى المستفاد من عبارة النص : ويقصد بذلك المعنى الحرفي أو المعنى الصريح أو منطوق النص[١١٥٧]، والذي يتوصل إليه المفسر بحمل عبارة النص الواضحة على المعنى الذي أراده لها المشرع [١١٥٨]. ويتقيد في ذلك بأمرين وهما :

أ - العبرة بالمقاصد والمعاني وليس بالألفاظ والمباني : ومفاد ذلك أن مقصود المشرع والمعنى الذي يريده يغلب على ما يتبادر إلى ذهن المفسر عند مطالعته لألفاظ النص ومبانيه . فيتعين على المفسر أن يصل إلى حكم النص دون تقيد بالألفاظ المستخدمة لفظاً لفظاً وإنما يبحث عن المعنى المستفاد من جماع هذه الألفاظ دون إجهاد لعقله ، والمثال على ذلك هو المادة ٢٩/ ١ من القانون المدني التي تنص على أن تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته . فحكم النص واضح من حيث تحديد نقطة بداية الشخصية القانونية وهي تمام الولادة حيا ونقطة نهايتها وهي الموت ، فلا يحق للمفسر أن يجتهد برأيه ليحدد نقطة أخرى لبدايتها ونهايتها ، كأن يجعل بدايتها ببدء الحمل ونهايتها بالدخول في مرض الموت، في حين يبقي سبيل الاجتهاد مفتوحاً أمامه لتحديد معنى بدء الحياة ومعنى

(١١٥٥) كامل رقم ٧٨ ص ٨٦ ويسمى البعض ذلك بوسيلة استثمار الأحكام من النصوص : حجازي رقم ٤١٥ ص ٥٤١.

(١١٥٦) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، جـ ١ ص ١٨٧ .

(١١٥٧) منصور رقم ١٦٧ ص ٢٩٦ ويحيى ص ٢٠٧ وكامل رقم ٧٨ ص ١٨٦.

(١١٥٨) حكم بأن مصطلحي "الأدثرة" (ألبسة خارجية) و "الأشعرة" (ألبسة داخلية) لا يدخل فيهما "الإيشاربات الحريمي" (نقض مدني في ٩ من مارس/ آذار سنة ١٩٩٢ ، الطعون أرقام ٢٢٤٢ س ٥٧ق و ٢٩٦٣ س ٥٧ق و ١١٦٦ س ٥٧ق ، مجلة القضاة ، س ٢٥ ، ع (١) ، يوليو/تموز - ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٢ ص ٥٨٣) يندرج تحت المصطلح الأخير "الجوارب الرجالي" (نقض مدني في ٩ من مارس/آذار سنة ١٩٩٢ ، طعن رقم ٢٩٥٣ س ٥٧ق مجلة القضاة ، س ٢٥ ، ع (١) ، يوليو/تموز - ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٩٢ ص ٥٨٣) في مفهوم السلع الخاضعة للضريبة على الاستهلاك طبقاً للتعداد الوارد للسلع بالبندين ٥٨ و ١٠٠ من الجدول المرفق بالقرار الجمهوري لسنة ١٩٨٢ بالجدول المرفق بالقانون ١٣٣ لسنة ١٩٨١ بشأن الضريبة على الاستهلاك .

الموت[١١٥٩].

ب – تغليب المعنى الاصطلاحي على المعنى اللغوي ما لم يثبت العكس : يلتزم المفسر بالمعنى الاصطلاحي للفظ الذي استخدمه المشرع دون معناه اللغوي احتراما لمقصود المشرع من استخدامه ، والمثال التقليدي على ذلك هو لفظ الزنا الوارد في القانون الذي يختلف معناه اللغوي ، وهو أية علاقة جنسية غير مشروعة، عن معناه الاصطلاحي وهو العلاقة الجنسية غير المشروعة إذا قام بها المتزوج فحسب ، فهنا ليس بوسع المفسر أن يغلب المعنى اللغوي على المعنى الاصطلاحي في هذا المقام [١١٦٠].

٢ – **المعنى المستفاد من روح النص وفحواه :** نقصد بذلك المعنى الذي يتحدد بطرق الإرشاد والاقتضاء والدلالة ويكون من لوازم النص موضوع التفسير وغير منفك عنه[١١٦١].

ونعرض هنا لهذه الطرق الثلاث :

أ – **المعنى المستفاد من الإشارة :** وهو المعنى الذي لا يتبادر إلى ذهن المفسر لأول وهلة بل يتعين أعمال الفكر في الوصول إليه ، فالمشرع هنا لا يصرح بالمعنى بل يشير إليه وتختلف درجة إعمال الفكر بحسب درجة وضوح الإشارة ، التي قد تكون واضحة أولا تكون كذلك :

(١) الإشارة الواضحة : وهي الإشارة الظاهرة التي يمكن فهمها بأدنى تأمل[١١٦٢]. مثال ذلك المادة ١٠٣٣ من القانون المدني التي تنص على أنه إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن الرهن يصبح صحيحا إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية فدلالة الإشارة واضحة هنا ، فرهن ملك الغير لا يكون باطلاً

(١١٥٩) تبدأ الحياة بعدة علامات منه الصراخ عند انفصال المولود حياً عن جسد أمه ، أما الموت فيثير عدة مشكلات حول ارتباطه بتوقف القلب أم بتوقف المخ : انظر الكتاب الثاني من مرجعنا هذا ، في موضوع (بدء الشخصية القانونية) .

(١١٦٠) انظر تطبيقات لذلك : نقض مدني في ١٤ من مارس/ آذار سنة ١٩٦٧ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٨ ص ٦١٨ ، ٢٤من يونيه/حزيران سنة ١٩٧٤ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٥ ص ١٠٩٥ .

(١١٦١) منصور رقم ١٧٢ ص ٣٠١ ، والبدراوي رقم ١٤٥ ص ٢١٧ وكامل رقم ٧٨ ص ١٨٧ .

(١١٦٢) البدراوي رقم ١٤٥ ص ٢١٨ .

مطلقاً لأن الإقرار يرد عليه والإقرار لا يرد على معدوم ، مفاد ذلك إذن هو أن الإقرار يصحح رهن ملك الغير[١١٦٣].

(٢) الإشارة غير الواضحة : وهي الإشارة التي تستدعي فهمها قدراً من التأمل غير قليل، مثال ذلك ما نصت عليه المواد ١٥٥ – ١٥٧ من القانون المدني القديم[١١٦٤] بشأن أحكام النفقات المستحقة على الشخص لصالح ذوي قرباه والتي ثار التساؤل بخصوص جهة الاختصاص بنزاعاتها : هل هي المحاكم الشرعية أو القضاء المدني الأهلي، وحُسم الأمر بإسناد الاختصاص إلى القضاء المدني الأهلي لأسباب ثلاث هي:

الأول : أن القضاء المدني الأهلي يختص بتطبيق القانون المدني بما في ذلك المواد١٥٥– ١٥٧ .

الثاني : أن المحاكم الشرعية وغيرها من محاكم الأحوال الشخصية كانت تطبق الشريعة الإسلامية التي لا تعترف بواجب الاتفاق في غير قليل من الأحوال التي كانت تنص عليها مواد التقنين المدني القديم ، لذا فليس في الإمكان إسناد الاختصاص إلى هذه المحاكم بتطبيق النصوص السابقة التي لا تعترف ببعضها الشريعة الإسلامية .

الثالث : إن إعمال النص خير من إهماله [١١٦٥]، وهي قاعدة تأبى تعطيل النصوص القانونية السابقة لتعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية [١١٦٦].

ونؤكد أنه إذا تعرض المستفاد من دلالة الإشارة مع المستفاد من دلالة العبارة ،

(١١٦٣) أبو السعود ص ٥٧٢ .

(١١٦٤) كانت هذه المواد تنص على أنه: يجب على الفروع وأزواجهم مادامت الزوجية قائمة أن ينفقوا على الأصول وأزواجهم (مادة ١٥٦).ويكون تقدير النفقات بمراعاة لوازم من تفرض لهم، ويسر من تفرض عليهم، وعلى كل حال يلزم دفع النفقات شهراً بشهر مقدماً (مادة ١٥٧).

(١١٦٥) حكمت بذلك محكمة النقض في ٣٠ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٣٣ المحاماة س١٤ رقم ١٢٦ ص ٧٧ فقضت بأنه رؤى إعمال حكم هذه المواد أمام المحاكم الأهلية بالنسبة إلى أحوال النفقات التي لا تعترف بها الشريعة الإسلامية كنفقة الأصول على أزواج فروعهم ونفقة الفروع على أزواج أصولهم.

(١١٦٦) أصبح الاختصاص بمسائل النفقات لمحاكم الأحوال الشخصية بمقتضى المادة ١٣ من قانون نظام القضاء ثم ألغيت تلك المحاكم وأحيل اختصاصها إلى المحاكم الموحدة: مرقس رقم ١٢٨ ص ٣٤٥ هامش رقم ٣٤٦ .

فان الغلبة تكون دائما لدلالة العبارة [١١٦٧].

٣ – **المعنى المستفاد من اقتضاء النص** : ويقصد به المعنى الذي لا يستخلص إلا من ألفاظ النص ولا يستقيم النص بغير تقديره [١١٦٨]، مثال ذلك نص المادة ٤٣٤ من القانون المدني الذي ورد فيه أنه إذا وجد في المبيع عجزاً وزيادة ، فان حق المشتري في طلب إنقاص الثمن أو في طلب فسخ العقد وحق البائع في طلب تكملة الثمن يسقط كل منهما بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليماً فعلياً . والواضح من هذا المثال أن معنى النص لا يستقيم إلا إذا قدرنا أن المقصود هو أنه "إذا وجد في مقدار المبيع عجزاً أو زيادة لارتباط العجز والزيادة بالمقدار" .

٤ – **المعنى المستفاد من دلالة النص** : وهو المعنى الذي يستفاد من دلالتين الأولي مفهوم الموافقة والثانية مفهوم المخالفة على النحو الآتي :

أ – **مفهوم الموافقة** [١١٦٩] (Argument à pari) : صورتان : وهو المعنى الذي يستدل عليه بطريقة القياس ، فيعطي بموجبه حكم الأصل للفرع أي يسحب استناد إليه حكم وارد لحالة معينة (وتسمى الأصل) على حالة أخرى (وتسمى الفرع) لم يرد بشأنها نص[١١٧٠] إما لاتحاد العلة في الحالتين وإما لكون العلة اظهر في الحالة الثانية منها في الأولي .

ويطلق على القياس لاتحاد العلة القياس العادي ، أما القياس في الصورة الثانية فيسمي القياس من باب أولي ، وهذا يستدعي التفرقة بين نوعي القياس[١١٧١]
.

(١١٦٧) البرديسي ص ٢٧٢ ، وسلامة رقم ٧١ ص ٢٠٤وأبو السعود ص ٥٧٧ .

(١١٦٨) منصور رقم ١٧٣ ص ٣٠٢ وجمعة ص ٨٦٨.

(١١٦٩) أو الدلالة على حكم موافق : البدراوي رقم ١٤٤ ص ٢١٦ .

(١١٧٠) وليس القياس مصدراً للتشريع كما في الشريعة الإسلامية (منصور رقم ١٧٤ ص ٣٠٣ ، وعكس ذلك مرقس رقم ١٣٩ ص ص٢٧٧ – ٣٣٨) بل هو أخصب وسائل الاستنتاج (عرفة ص ١٩٥) فإذا أمكن استظهار الحكم بالقياس كان مصدر ما تم التوصل إليه هو التشريع وليس القياس (سلامة رقم ٦٩ ص ٢٠١) فدور القياس هو: استقاء الحكم من نص تشريعي (خضر رقم ٤١ ص ٥٨) . وانظر ما يقول به البعض من أن القياس ليس وسيلة من وسائل التفسير بالمعنى الاصطلاحي الحقيقي لهذه الكلمة بل وسيلة من وسائل سد النقض في التشريع (السعدي رقم ١٠٣ ص ٢٥٩).

(١١٧١) ويسمى كذلك بالقياس الجلي (البدراوي رقم ١٤٦ ص ٢٢١وكامل رقم ٧٨ ص ١٨٨) بالمقابلة للقياس الخفي الذي يقاس فيه على نص وارد في حالة مشابهة للأولي أو على المبادئ العامة للقانون الوضعي المصري (مرقس رقم ١٣٩ ص ٣٧٧) .

الصورة الأولى : القياس العادي (Analogie legis ou analogie juris) [١١٧٢]:
ويكون بسحب حكم الأصل على الفرع لاتحاد العلة في الحالتين ، ومثاله نص المادة ٢١٦ من القانون المدني الذي يجيز للقاضي إنقاص مقدار التعويض لخطأ الـدائن، دون الحالة التي يقع فيها خطأ مشترك لسبب من جانب المدين وسبب أجنبي عـن الدائن والمدين ، ونظراً لأن علة التخفيف[١١٧٣] واحدة في الحالتين فـان مقتضـى القياس العادي سحب حكم التخفيف على الحالة المطروحة التي لم يرد بشأنها نص ، فيستفيد المدين بالتعويض من التخفيف في الحالتين[١١٧٤].

الصورة الثانية : القيـاس مـن بـاب أولـي (Argument à fortiori) [١١٧٥]:
فرضان : ويكون بسحب حكم الأصل على حكم الفرع لكون العلة أكثر ظهوراً في الفرع عنها في الأصل نظراً لعدم وجود نص يحكم الفرع ، وهذا القياس يكون في فرضين وهما تطبيق حكم الكثير على القليل وتطبيق حكم القليل على الكثير علـى النحو الآتي :

الفرض الأول : تطبيق حكم الكثير علـى القليـل (Argument a maiori ad minus)
وتتمثل في تطبيق حكم الكثير على القليل و وهذا واضح في المادة ٢٣٧ من قانون العقوبات التي تعاقب من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن يزني بها بالحبس بدلاً من العقوبة المقررة في المادتين ٢٣٦،٢٣٤ وهي الأشـغال الشاقة المؤبدة . بعبارة أخرى أن المشرع يستبدل عقوبة الجنحة بعقوبة الجنايـة ، فهل يستفيد الزوج من هذا التخفيف إذا أسفر اعتداؤه على الزانية ومن معها إلـى إصابة إحداهما أو كليهما بعاهة مستديمة فحسب ؟

الحل أن الزوج يستفيد وفقاً لقواعد القياس من باب أولي من التخفيف في هـذه

(١١٧٢) أو قياس المساواة (جلال إبراهيم رقم ١٩٥ ص ٣٧٣) .

(١١٧٣) "الأحكام القانونية تدور مع علتها لا مع حكمتها" (نقض مدني في ١٩ من فبراير/شباط سنة ١٩٦٨ ، مشار إليه لاحقا في هامش رقم ٣٧٣) ، والعلة غير الحكمة ، فالحكمة هي المصلحة المقصودة من تشريع الحكم والعلة هي الوصف الذي يظن أنه محقق لهذه المصلحة (القاضي ص ١٥٣) ويضرب سيادته المثل بمسألة النسب فالعلة هي الزواج الصحيح والحكمة هي التناسل وحفظ النسل وتربيته .

(١١٧٤) مثال ذلك أيضاً نص المادة ٣١٢ من قانون العقوبات التي تحظر محاكمة من يرتكب سرقة إضراراً بزوجه أو زوجته أو أصوله أو فروعه إلا بناء على طلب المجني عليه ، فحكمة ذلك هي الحـرص على وحدة الأسرة ومشاعر الآخرين وهي متوافرة أيضاً في جريمتي النصب وخيانة الأمانة .

(١١٧٥) أو القياس الأولوي (جلال إبراهيم رقم ١٩٦ ص ٣٧٦) .

الحالة لأن العاهة المستديمة أخف من القتل[1176].

الفرض الثاني : تطبيق حكم القليل على الكثيــر (Argument a minori ad majus) : ويقصد بذلك أن ما منع قليلة فكثيره ممنوع من باب أولي . فإذا حظر القانون على القاصر التصرف بمقابل أو بعوض في أمواله فإن هذا الأمر ينسحب أيضاً علـــى تصرفاته بغير مقابل أو بغير عوض فيها ، فينسحب حكم القليــل (وهــو حظــر التصرف بمقابل أو بعوض) على الكثير (وهو حظر التصرف بغير مقابل أو بغير عوض).

ب – **مفهوم المخالفة** (Argument à contrario) [1177]: صورتان : وهو نوع من القياس يراد به إعطاء حالة لم يُرد بشأنها نص حكماً عكسياً للحكم الوارد فـــي النصوص لحال أخرى[1178]، ويتخذ ذلك إحدى صورتين وهما : اختلاف العلة في الحالتين[1179]، أو اعتبار الحالة المنصوص عليها استثناءً من الحالة المسكوت عنها ونعطي مثالاً لكل صورة :

الصورة الأولي : اختلاف العلة : وتكون عند انتفاء العلة التي من أجلها كـــان منطوق النص محل القياس ، ومثال ذلك المادة ٤٣٧ من القانون المدني التي تنص على أنه "إذا هلك المبيع وقت التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واســترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلال بعد اعذار المشتري لتسليم المبيع" فيفهم من هــذا

(١١٧٦) كذلك فإن الترخيص للزوج بإيقاف تنفيذ العقوبة المحكوم بهــا علـــى زوجتـــه الزانيـــة برضـــائه بمعاشرتها كزوجة مرة أخرى (مادة ٣٧٤ من قانون العقوبات) يخوله الحق في إيقاف الســـير فـــي إجراءات دعوى الزنا في أية مرحلة سابقة على الحكم عليها بعقوبة معينة لأن من يملك الأكثر وهو وقف تنفيذ الحكم يملك الأقل وهو وقف سير إجراءات الدعوى المؤدية إلى صدور الحكم بالعقوبة .

(١١٧٧) ويسمى كذلك الاستنتاج العكسي (زكي رقم ١٥٨ ص ٢٥٨) أو المفهوم بطريق العكس (مرســـي ومصطفى رقم ٢٩٤ ص ٢٩٥ والزيات ص ١١١) أو الدلالة على حكم مخالف (البــدراوي رقــم ١٤٤ ص ٢١٦).

(١١٧٨) لا يرى البعض (السعدي رقم ١١٠ ص ١١٠ ص ٢٧٢) فيه وسيلة تفسير للنصـــوص لأن هـــدف التفسير هو الإحاطة بالإرادة التشريعية التي تضمنها النص بينما يهدف مفهوم المخالفـــة إلـــى ســـد النقص في التشريع باستنباط حكم مؤسس على إرادة مخالفة للإرادة التي اتضحت من النص .

(١١٧٩) حكم بأنه لا يجوز إهدار العلة والأخذ بالحكمة عند وجود نص واضح سليم لأن الأحكام القانونيـــة تدور مع علتها لا مع حكمتها : نقض مدني ٢ من ديسمبر/كـــانون الأول ســـنة ١٩٦٥ ، مجموعـــة المكتب الفني ، س ١٦ رقم ١٨٦ ص ١١٩٠ ، وجنائي ١٩ مـــن فبرايـــر/شـــباط ســـنة ١٩٦٨ . مجموعة المكتب الفني ، س ١٩ رقم ٤٢ ص ٢٣٣ .

النص بالمخالفة للمنطوق أن الهلاك قبل الإعذار لا يؤدي إلـى انفسـاخ العقـد أو استرداد المشتري للثمن(١١٨٠).

الصورة الثانية : العلة المستثناة : ونقصد من ذلك الصورة التي تكـون فيهـا الحالة المنصوص على حكمها استثناء من الحالة المسكوت عنها لعلـة اسـتثنائية خاصة بها ومثال هذه الصورة نص المادة ٢٠ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ الذي يعدد الحالات التي لا يجوز للشخص فيها أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أي محرر منتج في الدعوى تحت يده ، فهذا التعداد قصد به بمفهوم المخالفة عدم جواز إجبار الخصم لخصمه على تقديم محرر تحـت يـده منتج في الدعوى في غير تلك الحالات ، والدليل على ذلك هو القاعدة الأصـولية القائلة بعدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه .

ويلاحظ أن القياس بمفهوم المخالفة بوجه عام محفوف بالمخاطر(١١٨١) ويتطلب حرصاً كبيراً من المفسر(١١٨٢) شأنه في ذلك شأن مفهوم الموافقة(١١٨٣).

(١١٨٠) ويعد كذلك أعمالاً لمفهوم المخالفة القول بأنه إذا لم يعين ميعاداً للقبول لم يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه لأن نص المادة ١/٩٣ من القانون المدني ينص على أنه إذا عين ميعاداً للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي الميعاد .

(١١٨١) وهذا الاستدلال محفوف بالمخاطر لأن حكم المنطوق قد يرد على سبيل التمثيل أو لحكمة خاصة لا يتوافر عكسها في المفهوم المخالف (مرقس رقم ١٢٩ ص ٣٤٨ رقـم ٣١٨ ص ٣٧٤ ، والسـعدي رقم ١٠٩ ص ٢٧٠ ، والعطار رقم ١٠٩ ص ٢٣٨ ، والبدراوي رقـم ١٤٦ ص ٢٢٢ ، وسـلامة رقم ٩٠ ص ٢٥٠ ، وزكي رقم ١٥٨ ص ٢٥٩ ، ويحيى ص ص ٢١٣ : ٢١٤ ومنصـور رقـم ١٧٦ ص ٣٠٧ وعرفة ص ١٩٨) وهذا هو ما يقصد إليه البعض بقوله أن الأصل ألا يكـون لهـذا النوع من الاستدلال قيمة في ذاته بل لابد من ضميمة تضم إليه بما يدل على أن المشرع كان يتحـتم عليه لضرورة قانونية أو منطقية أو تاريخية ، أن يورد حلاً للمسألة التي سكت عنها ، إذا لـم يكـن يريد أن تكون هذه المسألة خاضعة لتنظيم عكسي (حجازي رقم ٤١٩ ص ٥٣٦) وفي موضع آخـر يؤكد المؤلف نفسه أن ما ورد في الأعمال التحضيرية يمثل وجهات نظر فردية وخليطاً من نظريات متعارضة (حجازي رقم ٤٠٩ ص ٥٢٥) .

(١١٨٢) مثال ذلك المادة ٢١ / ٢ من القانون المدني التي تنص على أن يعتبر البيع بشرط التجربـة معلقـاً على شرط فليسمعنى ذلك أن البيع بشرط آخر لا يكون معلقاً على شرط (جمعة ص ٢٧٠) .

(١١٨٣) فهو ليس مقبولاً إذا كان الحكم المنصوص عليه هو حكم خاص أو استثنائي ، وبالتـالي لا يقـاس عليه وذلك مثل النصوص التي تنشئ جرائم أو تسوّي مركز المتهم ومثل النصـوص التـي تقـرر التزامات تشغل ذمة بعض الأشخاص ، والنصوص التي تقرر امتيازاً على أموال المدين أو بعضـها لضمان الوفاء ببعض الديون (جمعة ص ٢٧٠) .

المطلب الثاني
حالة وجود نص معيب

نحن في هذه الحالة بصدد نص معيب بأحد أربعة عيوب وهي : الخطأ المادي أو المعنوي ، والغموض ، والنقص والتعارض وهذا يؤدي بالمفسر إلى اللجوء إلى كل أو بعض الطرق أو الوسائل وهي تقريب النصوص من بعضها والرجوع إلى النص الفرنسي ، والرجوع إلى الأعمال التحضيرية ، والرجوع إلى المصادر التاريخية والرجوع إلى حكمة التشريع .

الفرع الأول
صور النص المعيب : أربعة

يميز الفقه أربع صور من العيوب في هذا الشأن وهي الخطأ المادي أو المعنوي أو الغموض أو النقص أو التعارض . ونعرض في هذا المقام إلى المقصود بكل عيب من هذه العيوب ونضرب له مثلاً من التشريع المصري .

الصورة الأولي : الخطأ : نوعان : نفرق بشأن الخطأ بين الخطأ المادي والخطأ المعنوي ونعطي مثالاً لكل منهما :

١ - **الخطأ المادي** : وهو الخطأ الذي لم يقصده المشرع وتمثل في سقوط أو زيادة حرف أو كلمة أو أكثر بما يخل بالمعنى المقصود . ومثال الخطأ المادي المادة ١/٦٧٦ من قانون المدني التي تنص على سريان أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين الطوافين والممثلين التجاريين الجوابين ومندوبي التأمين وغيرهم من الوسطاء ، وقد استدل الفقه [١١٨٤]علي الخطأ المادي من الرجوع إلى الترجمة الفرنسية لهذا النص حيث وجدوا أن حرف العطف «و» سقط عند الطباعة من بين

(١١٨٤) انظر لاحقاً دراستنا لطرق التفسير بالرجوع إلى النص الفرنسي ص ٣٧٢ وما بعدها.

كلمتي التجاريين .. الجوابين . فصحة النص إذن هـي انطباقـه علـى الممثلـين التجاريين والجوابين أيضاً[(١١٨٥)].

٢- **الخطأ المعنوي** : وهو خطأ لم يقصده المشرع أيضاً ويتمثل فيما يسـمي بأخطاء القلم ، فيزل القلم وتوضع كلمة لا يقصدها المشرع حقيقة وهو ما يترتـب عليه اختلال المعنى المقصود بداية . والمثال على هذا الخطأ المـادة ١٠٨٨ مـن القانون المدني التي تنص على أنه "لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بـالمزاد العلنـي" . فالواضح أن المشرع كتب كلمة «قيد» بدلاً من كلمة «أخذ» لأن المنطقي أن يكـون العقار محل حق الاختصاص مملوكاً للمدين وقت أخذ الحق ، فالقيد لاحـق لأخـذ الحق ولا يسبقه[(١١٨٦)].

وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى الاستدراك الذي ينشر في الجريدة الرسـمية مصححاً لخطأ شاب عملية النشر حيث يتعين أن نفرق بين حالتين وهما[(١١٨٧)]:

الحالة الأولي : الخطأ غير المؤثر على الجوهر وهو الخطأ المادي أو المطبعي اليسير الذي تدركه فطنة القارئ، وهنا ، يعد الاستدراك جزءاً من النص التشريعي المصحح وله نفس قوته ومفاد ذلك أن تاريخ نفاذه يرتد إلى تاريخ نفـاذ القـانون الأول[(١١٨٨)].

الحالة الثانية : الخطأ المؤثر على الجوهر أو الموضوع أي الخطأ في جـوهر

(١١٨٥) مثال آخر كان التقنين المدني القديم يعرف الشرط(مادة ١٠٣) بأنه أمر مسـتقبل أو غيـر محقـق الوقوع وليس بأنه أمر مستقبل و غير محقق الوقوع ، وهذا مثال لخطأ مادي تمثل في زيادة حـرف الألف قبل الواو .

(١١٨٦) مرقس رقم ١٣٠ ص ص ٣٥٢ : ٣٥٣ .

(١١٨٧) نقض مدني ١٨ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٦٦ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٧ رقم ١ ص ٢٧، و٣ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩٨٢ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٣٣ رقـم ١٤ ص ٥٨ . وانظر في تأييد ذلك على سبيل المثال : حجازي رقم ٢٩٤ ص ٣٨٧ .

(١١٨٨) تنشر الأمانة العامة لمجلس الوزراء هذه التصحيحات في الجريدة الرسمية تحت عنوان "استدراك" وقد يتمثل التصحيح في نشر عبارات كاملة أو كلمات سقطت أثناء الطبع ، مثال ذلـك مـا حـدث بالنسبة لتصحيح قرار رئيس الجمهورية رقم ١٨٠ لسنة ١٩٩١(الجريدة الرسمية ، ع ١٨ مكرر في ٣ من مايو/أيار سنة ١٩٩١) بشأن السلع المعفية من الضريبة العامة على المبيعات المقررة بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ ، فقد أضيفت «الطحينة» إلى عبارة «الحلاوة الطحينية» واسـتبدلت عبـارة تليفزيون ملون بأكثر من ١٦ بوصة بعبارة «تليفزيون أكثر من ١٦ بوصة» (الجريدة الرسـمية ،ع ١٨ مكرر في ٤ من مايو/أيار سنة ١٩٩١) .

النص أو موضوعه ، وحكم الاستدراك في هذه الحالة هو حكم التشـــريع الجديـــد بمعنى أنه لابد أن يصدر ممن يملك سلطة تعديل أو إلغاء التشريع الجديد ،فيتعـــين أن يصدر ممن يملك سلطة تعديل أو إلغاء التشريع الأصلي . ويترتب علـــى ذلـــك أيضاً أن التشريع الجديد ينسخ التشريع القديم فـــي الجـــزء الـــذي انصـــب عليـــه الاستدراك[١١٨٩].

ويلاحظ أن[١١٩٠] الدارج في مصر هو إصدار تشريع جديد لتصحيح الأخطـــاء الجوهرية (كما حدث في قانون المناجم والمحاجر رقم ٦٦ لســـنة ١٩٧٣ والـــذي صدر بتصحيحه القانون رقم ٣٣٦ لسنة ١٩٥٣) [١١٩١] وإعـــادة النشـــر لتصـــحيح الأخطاء غير الجوهرية [١١٩٢].

الصورة الثانية : الغموض : وهو الأمر المترتب على استعمال المشرع للفـــظ أو عبارة تحتمل أكثر من معنى مما يوقع المفسر في حيرة من المعنى المقصـــود . ويتخذ الغموض ألفاظاً ثلاثة هي : اللفظ الخفي واللفظ المشكل واللفظ المجمل :

١- اللفظ الخفي : وهو اللفظ ذو الدلالة الظاهرية على معنى معين والذي يعتبر انطباقه على أمور أخرى غموض كما هو الحال بالنسبة لنص المـــادة ٢١١ مـــن قانون العقوبات الذي يعرف السرقة بأنها اختلاس المنقول المملوك للغيـــر، فهـــل ينسحب ذلك على التيار الكهربائي أيضاً ؟

(١١٨٩) ويتحقق القاضي من مادية الخطأ بالرجوع إلى مضابط مجلس الشعب :نقض مـــدني فـــي ٣ مـــن يناير/كانون الثاني سنة ١٩٨٢ ، مشار إليه في الهامش السابق .

(١١٩٠) وجدير بالذكر أن محكمة النقض الفرنسية (الدوائر المجتمعة) تجعل العبرة بـــالنص الـــوارد فـــي مضابط السلطة التشريعية في حالة الخطأ المادي ولا تتطلب الاستدراك Errata لتصحيح هذا الخطأ بل تترك ذلك للمفسر=

= Ch.Reunies، 5 Fev . 1947 (D . 11.1947. 177 . 15 nov. 1937، D.H.1938 .11.18 et la note suivante .177) ، Cass.Com.7 Juin 1948.D.1948.11423 et 1 er Fev. 1949، D.1949.11.196: 197.

(١١٩١) تناغو رقم ٩٨ ص ٣٢١ .

(١١٩٢) صدر القانون رقم ٥٢٠ لسنة ١٩٥٣ (الوقائع المصرية في ٢٩ من أكتوبر/تشـــرين الأول ســـنة ١٩٥٣ ع ٨٧ استبدال كلمة «المعاينة» بكلمة «المعايرة».

كان رأي محكمة النقض قاطعا في هذا الصدد فقالت[١١٩٣]بأن التيار الكهربـــائي يعد منقولاً في مفهوم قانون العقوبات ويمكن أن يكون محلاً لجريمة السرقة [١١٩٤].

٢- اللفظ المشكل : وهو اللفظ الذي لا يدل بصيغته على معناه المقصود بـــل يحتاج إلى قرينة خارجية تفسر معناه مثال ذلك لفظ الليل الذي جعله قانون العقوبات ظرفاً مشدداً لعدة جرائم [١١٩٥]، فهل هو الليل بمعنى الظلام الفعلي أم الظلام الفلكي من غروب الشمس إلى شروقها ؟

ليس لمحكمة النقض قولاً فصلاً في هذا الموضوع ، فقد ذهبت حينـــاً إلـــى أن المقصود هو الظلام الفعلي[١١٩٦] وفي حين آخر قالت بأن المقصـــود هـــو الظـــلام الفلكي[١١٩٧]كما أنها قضت كذلك بأن المـــرجع في تحديد معنى الليل هـــو قاضـــي الموضوع بحســـب ظـــــروف كل حالة على حـــــدة [١١٩٨].

٣ – اللفظ المجمل : وهو اللفظ الذي يدل بصيغته على المعنى المقصود منـــه ولا توجد قرائن لفظية أو قرائن حالة توضحه . ومثال ذلك لفظ «أصـــل الوقـــف» الذي حظرت المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية على المحاكم النظر فيه . فهذا اللفظ لم يصل القضاء إلى كلمة سواء بشأن تعريفه[١١٩٩] .

الصورة الثالثة : النقص [١٢٠٠]: وهو إغفال لفظ في النص لا يستخدم الحكـــم

(١١٩٣) نقض جنائي في ٣١ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية، س ١٥ رقم ٥٦ ، ١٦ من أبريل/نيسان سنة ١٩٣١ مجموعة عمـــر، الجـــزء الثـــاني ، رقـــم ٢٤٤ ص ٢٩٨ و٨ مـــن ديسمبر/كانون الأول سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني ، س ٤ رقم ٨١ ص ٢٥٥ .

(١١٩٤) ونعتقد في أن محكمة النقض لن تتردد في اعتبار الحصـــــول على معلومـــات عـــن بعـــد عبـــر الحاســـبات من بنوك المعلومات خلسة دون الحصول المسبق على ترخيص من البنك سرقة أيضاً.

(١١٩٥) جرائم السرقة (المادتان ٣١٥ : ٣١٧) وقتل الحيوان والإضرار به (المادتان ٣٥٥ :٣٥٦) وإتلاف المزروعات (المادتان ٣٦٧ :٣٦٨) .

(١١٩٦) نقض جنائي في ٢٢ من يناير/كانون الثاني سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ، س ١١رقم ١٢ .

(١١٩٧) نقض جنائي في ٤ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية جـــ ٧ رقـــم ٤٠٧ ص ٣٩١ وانظر في انتقاد هذا الموقف القضائي ورده إلى سوء الحظ: الأستاذ الدكتور عمـــر السعيد رمضان ، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص) ، دار النهضة العربية، الطبعـــة الرابعـــة ١٩٧٥ – ١٩٧٦، رقم ٤٠٥ ص ٤٦٩ .

(١١٩٨) نقض جنائي فى٣٠ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٥٠ ، مجموعة المكتب الفنى، س١ رقـــم ٩٠ ص ١٧٧ .

(١١٩٩) البدراوي رقم ١٤٩ ص ص ٢٢٩ : ٢٣٠ .

(١٢٠٠) يعتبره البعض إحدى صور الخطأ (انظر مثلاً سلامة رقم ٩١ ص٢٠٥ وتكمله ص٢٠٦) .

بدونه ، ومثال النقص هو المادة ١٥١ من القانون المدني القديم [١٢٠١] التي كانت تنص على أن كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزمية فاعله بتعويض الضرر، فالحكم لا يستقيم إلا إذا أضفنا إلى كلمة "فعل" كلمة "خطأ" [١٢٠٢] . وقد تدارك المشرع في القانون المدني الحالي هذا النقص وجعل صياغة المادة ١٦٣ كالآتي : «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض» .

الصورة الرابعة : التعارض (Contradiction) : وهو التناقض الذي يقع بين النصوص تشريعية ويستدعي التوفيق بينها، فإذا استعصى ذلك لزم تغليب إحداهما على الأخرى وهنا نفرق بين فروض أربع هي :

الفرض الأول : التعارض بين نصوص تشريعية متفاوتة الدرجة، نغلب التشريع الأعلى على التشريع الأدنى إعمالا لقاعدة تدرج التشريعات .

الفرض الثاني : التعارض بين نصوص تشريعية متحدة الدرجة ومتفاوتة التاريخ ، نغلب التشريع اللاحق على التشريع السابق إعمالا لقاعدة اللاحق ينسخ السابق .

الفرض الثالث : التعارض بين نصوص تشريعية متحدة الدرجة والتاريخ ، نغلب التفسير الأقوى بمعنى أن التفسير المستقي من دلالة العبارة يغلب التفسير المستقي من دلالة الإشارة وهكذا .

الفرض الرابع : التعارض بين نصوص تشريعية متحدة الدرجة والتاريخ وقوة الاستدلال ، وهو الوضع إذا ضم النصوص المتعارضة تشريع واحد وكانت النصوص قد صدرت في نفس التوقيت في تشريعين مختلفين . في هذا الفرض

(١٢٠١) انظر صوراً أخرى للنقص : الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: نظرية الالتزام بوجه عام/ مصادر الالتزام ، المجلد الأول : العقد ، نادي القضاة بالقاهرة سنة ١٩٨١(طبعة منقحة من الأستاذ الدكتور عبد الباسط جميعي والمستشار مصطفى محمد الفقى)، رقم ١ ص١٣ وما بعدها .

(١٢٠٢) كان النص الفرنسي لهذه المادة يتحدث عن الخطأ .

النادر إذا استحال التوفيق تهاترت النصوص وامتنع تطبيقها جميعاً[١٢٠٣] .

فإذا انتهينا إلى ذلك وجب التساؤل عن الوسائل التي يستخدمها المفسـر فـي تفسير النص المعيب والتي يتعين عليه أن يبذل قصارى جهده عن طريقها للتوفيق بين النصوص[١٢٠٤]. وهذا هو ما نعرض له الآن .

الفرع الثاني

طرق تفسير النص المعيب

يتفق الفقهاء على الطرق الواجب اللجوء إليها لتفسـير النصـوص إذا عجـز المفسر عن تفسير ألفاظها تفسيراً يرتضيه وهذه الوسائل هي : تقريب النصوص ، والرجوع إلى النص الفرنسي ، أو الأعمال التحضـيرية [١٢٠٥] أو المصـادر التاريخية للتشريع وكذلك حكمة التشريع [١٢٠٦].

وقد يلجأ المشرع إلى كل هذه الوسائل أو بعضها في مجال التفسير، ونعـرض هنا لكل وسيلة على حدة :

(١٢٠٣) تناغو رقم ٢٦١ص٧٦١ ويسميه البعض تفسيراً ملغيـاً أو إلغائيـاً (Interpretatio abrogans) لأن المفسر يغفل تطبيق النص إقرارا منه بإلغاء المشرع الضمني له (السـعدي رقـم ١٠٤ص ص ٢٥٩ :٢٦١ وحجازي رقم ٤١٤ ص٥٣) .

(١٢٠٤) البدراوي رقم ١٥١ص٢٣١ .

(١٢٠٥) يفرق بين طرق داخلية وطرق خارجية : أما الطرق الداخلية فهي التي ينطوي عليها التشريع نفسه فلا يلتمس المفسر هاديا من عنصر خارجي عن التشريع وأهمها القياس والاستنتاج من باب أولـي والاستنتاج من مفهوم المخالفة وتقريب النصوص المتعلقة بموضوع واحد مـن بعـض ، والطـرق الخارجية وهي التي يستند فيها المفسر على عنصر خارجي عن التشريع نفسه ومنها الاسـتناد إلـى حكمة التشريع والاسترشاد بالأعمال التحضيرية والاسترشاد بالعـادات والرجـوع إلـى المصـدر التاريخي للتشريـع : انظر في ذلك على سبيل المثال السنهوري وأبو ستيـت رقـم ١٨٣ص ص ٣٤٣ : ٣٤٤.

(١٢٠٦) سلامة رقم ٨٧ ص ص١٩٧ : ١٩٨ وانظر في تطبيق هـذه الطـرق علـى نصـوص قـانون العقوبـات : رسالة رفاعي سعد، سابق الإشارة إليها ص ٢٩١وما بعدها .

الوسيلة الأولى : تقريب النصوص (Rapprochement des textes) [١٢٠٧]:
نقصد بذلك قيام المفسر بالتقريب بين النص محل التفسير والنصوص التشريعية الأخرى الموجودة في التشريع نفسه أو في التشريعات الأخرى . وهو بذلك التقريب يصل إلى المعنى الذي يرتضيه لأن النصوص التشريعية يجمعها عادة رباط فكري واحد.

والمثال التقليدي على هذه الوسيلة هو ما سبق أن قام به الفقه من تقريب لنصوص القانون المدني القديم (أرقام ١٥٥ – ١٥٧) بشأن النفقات إلى نص المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية والنصوص الأخرى التي كانت تطبقها المحاكم الشرعية . وقد أسفر هذا التقريب[١٢٠٨]عن عقد اختصاص المحاكم الأهلية بمسائل النفقات[١٢٠٩].

الوسيلة الثانية :الرجوع إلى النص الفرنسي[١٢١٠](Recours a la version francaise): يقصد بذلك الرجوع إلى النص الفرنسي للتشريع المتضمن المادة أو المواد محل التفسير ، فمن المعروف أن نصوص التشريع المصري كانت توضع باللغة الفرنسية ثم تترجم إلى اللغة العربية وكان النص الفرنسي يعد عند الخلاف الأقرب إلى قصد المشرع رغم أن النص العربي هو النص الرسمي . وبعد ذلك بدأت التشريعات تصدر باللغة العربية وتترجم إلى اللغة الفرنسية، وقد أدت هذه الازدواجية في اللغة بالفقهاء إلى الرجوع إلى النص الفرنسي كلما عنت لهم مشكلة في التفسير تلقي بظلال الشك حول المقصود الحقيقي للمشرع ، فنجح الفقه في ظل

(١٢٠٧) يضيف البعض أيضاً العادات كوسيلة محددة لنطاق بعض الحقوق كأعمال التسامح التي لا تكسب حق ملكية أو اتفاق(السنهوري وأبو ستيت رقم ١٥٨ص٢٥٠ والإهواني رقم ٣٣٠ ص٢٩٢) وتحديد درجة النص وتاريخه وصفته من حيث العموم أو الخصوص(سلامة رقم ٩٢ص ص٢١١:٢١٢) .

(١٢٠٨) ويسمى أيضا بالبحث الشامل لكل النظام القانوني (السعدي رقم ٨٦ص٢١٨) أو التوفيق بين النصوص (صفوت ص١٧٨) .

(١٢٠٩) والتقريب الذي حدث بين مفهوم الليل في قانون العقوبات ومفهومه في القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٢٣ الخاص بالمتشردين والمشتبه فيهم والمرسوم بقانون ٩٩ لسنة ١٩٤٥ الخاص بمراقبة البوليس للقول بأن الليل هو الفترة ما بين الغروب والشروق :انظر لاحقاً ص ٣٤٩ .

(١٢١٠) انظر في التنويه بضرورة احترام الدستور عند استخدام هذه الوسيلة بوصفه المتضمن للمبادئ الأساسية العامة لحقوق الأفراد: السعدي رقم ٩١ص٢٣٥ .

القانون المدني القديم في تفسير النصوص بهذه الوسيلة في عدة حالات منها نجاحه في تكييف «الفعل» الذي يستجوب مسئولية مرتكبه عن التعويض (مادة ١٥٢) بأنه فعل خطأ بناء على النص الفرنسي لهذه المادة والذي أشار إلى مسئولية مرتكب «الخطأ» عن التعويض.

ولم تنعدم فائدة النص الفرنسي بعد أن أصبحت لغة التشريع هي اللغة العربية، وإن تراجعت القيمة الكبيرة التي كانت له في الماضي، فما زالت الترجمات الفرنسية الرسمية للنصوص القانونية العربية القديمة مدخلاً للتعرف على القصد الحقيقي للمشرع [١٢١١] .

ونضرب لذلك مثلاً بما يلي :

نص المادة (١٢) من القانون المدني القديم على "أن يكون الحكم فيها يتعلق بحقوق المؤلف في ملكية مؤلفاته على حسب القانون المخصوص بذلك" ، وثار الجدل حول ما إذا كان عدم صدور هذا القانون الخاص يعطل تطبيق مواد قانون العقوبات أرقام ٨ ، ٣ و ٣٤٩ ، ٣٥٠ التي تفرض عقوبات جنائية على من يعتدي على حقوق المؤلف ؟ استقر قضاء النقض على أن عدم صدور القانون المخصوص بحقوق المؤلف إلا سنة ١٩٥٤ (قانون رقم ٨٤) لا يعطل نصوص قانون العقوبات واستندت إلى النص الفرنسي للمادة ١٢ من القانون المدني الذي يدل على أن مقصود القانون المخصوص هو التنظيم وليس الاعتراف بالحماية حيث كان النص الفرنسي يشير إلى أن التشريع المرتقب "ينظم" (sera réglée) الملكية الأدبية والفنية فحسب [١٢١٢] "وتنظيم الحق لا يتعارض في شيء مع وجوده بل إن تنظيم الشيء فرع من وجوده" . [١٢١٣]

– **نص المادة ١/٦٧٦من قانون المدني على** سريان أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين الجوابين،

(١٢١١) الزيات ص ص ٨٨ : ٨٩ .

(١٢١٢) نقض مدني ٢٦ من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٦١ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٢ رقم ٩٣ ص ٦٠٢.

(١٢١٣) محكمة استئناف مصر ١١ من مارس/آذار سنة ١٩٣٧ ، المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية ، العدد السابع ، السنة ٣٨ رقم ١٥٣ ص ٤٠٨ .

وبالرجوع إلى النص الفرنسي [١٢١٤] تبين وجود حرف العطف «و» بين كلمة التجاريين والجوابين ، وهذا ما أدي بالفقه إلى سحب حكم هذا النص على كل الممثلين التجاريين الجوابين منهم وغير الجوابين [١٢١٥] .

ونص المادة ٨٩ من القانون التجاري بأن الوكيل بالعمولة يجب عليه أن يستصدر أمراً من قاضي الأمور الوقتية ببيع ما لديه من بضائع الموكل سداداً لما يكون مستحقاً له طرفه سواء أكان مأذونا من موكله بالبيع أم كان غير مأذون به ، وبالرجوع إلى النص الفرنسي تبين أن استصدار هذا الأمر لا يكون ضرورياً إلا إذا لم يكن الوكيل مأذونا بالبيع من موكله[١٢١٦] .

خلاصة القول أن المفسر برجوعه – إذا شاء – [١٢١٧] إلى النص الفرنسي يستطيع أن يكشف عن القصد الحقيقي للمشروع فينزل التفسير السليم بالنصوص المطروح عليه تفسيرها،وإن كنا نلاحظ مع البعض أن فائدة هذا الرجوع في تحديد معنى النص العربي قد ضعفت في هذا النطاق كثيراً عما كان لها من قبل [١٢١٨] .

الوسيلة الثالثة : الرجوع إلى الأعمال التحضيرية

(Recours aux travaux préparatoires :Lavori preparatori) [١٢١٩] ويقصد بها مجموع الوثائق الرسمية المكونة من المذكرات الإيضاحية والمناقشات التي دارت عند إعداد مشروع النصوص وصياغته ، يستوي في ذلك أن تكون هذه المناقشات قد دارت في المجلس النيابي أو خارجه .

ونؤكد أن الرجوع إلى هذه الأعمال يجب أن يتم بحذر حتى لا يلتقط منها المفسر رأياً شخصياً لواضع المذكرة الإيضاحية أو لأحد أعضاء الهيئة التي وضعته

(١٢١٤) نشرت الترجمة الفرنسية للقانون المدني المصري في الوقائع المصرية (عدد رقم ١٠٨ غير عادي في ٢٩ من يوليه/تموز سنة ١٩٤٨) .

(١٢١٥) انظر إشارة سابقة لهذا المثال عند دراستنا للخطأ المادي كإحدى صور النص المعيب ص ص ٣١٨ : ٣١٩ .

(١٢١٦) نقض مدني في ٢١ من مايو/أيار سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفني، س ٤ رقم ١٦٦ص١٠٦١.

(١٢١٧) مرقس رقم ١٣٣ص٣٦٠ .

(١٢١٨) عبد الباقي رقم ٢١٨ص٣٥١ .

(١٢١٩) يدخلها البعض ضمن الأصول التاريخية (السعدي رقم ٨٨ص٢٢١ وحجازي رقم ٤٠٨ ص٥٢٤).

أو أصدرته ، فقد يكون ما أبدي فيها من رأي متعلقاً بنص تم العدول عنه . ومفاد ذلك ألا يلتزم المفسر بما ورد في هذه الأعمال التحضيرية إلا إذا ثبت في يقينه أن ما ورد فيها يتفق مع صياغة النص والغرض منه شريطة أن يكون النص غامضاً أو فيه لبس ، فإذا كان واضحاً صريحاً مطلقاً فلا سبيل إلى تخصيصه وتقييد إطلاقه بالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية [١٢٢٠] فإذا ما رجع إلى المذكرة الإيضاحية فيكون ذلك على سبيل الاستهداء بما تضمنته من بيانات فحسب[١٢٢١]، على ألا تكون هذه البيانات غير متفقة وصريح عبارة النص[١٢٢٢] . ويضرب الفقه مثالين على الرجوع «الخادع» للأعمال التحضيرية وهما[١٢٢٣] :

الأول : المذكرة الإيضاحية لقانون المجالس الحسبية الصادر في ١٣من أكتوبر/تشرين الأول سنة ١٩٢٥ والذي رفع سن الرشد من ثماني عشرة سنة إلى إحدى وعشرين سنة . فقد أشار واضع المذكرة الإيضاحية إلى أن «الحكم المشار إليه لا ينطبق على الذين يكونون قبل العمل بالقانون الجديد قد بلغوا سن الثماني عشرة سنة المحددة لانتهاء الوصاية بمقتضى القانون القديم» ، وأضاف في عبارات قاطعة «هؤلاء الأشخاص يعتبرون راشدون ولا يسوغ إرجاعهم تحت الوصاية» . مع ذلك فلم يتردد الفقه والقضاء في القول بأن هذا الرأي رأيا شخصياً واتفقا على أن يطبق تطبيقاً فورياً مباشراً على كل من يبلغ الحادية والعشرين وقت نفاذه، واعتبروا من بلغ سن الثامنة عشرة في ظل القانون القديم ولم يكمل الحادية والعشرين عند نفاذ القانون الجديد قاصراً [١٢٢٤].

(١٢٢٠) حكم بأنه إذا كان جلي المعنى قاطعاً في الدلالة على المراد منه ، فلا محل للخروج عليه أو تأويله استهداء بالمراحل التشريعية التي سبقته أو الحكمة التي أملته أو ما تضمنته المذكرة الإيضاحية من بيانات لا تتفق وصريح عبارة النص : نقض (الدائرة المدنية والتجارية والأحوال الشخصية) في ٥ من أغسطس/ آب سنة ١٩٩٦ ، طعون أرقام ٤٧٥ ، و٤٧٨ ، و ٤٨١ س ٦٥ ق أحوال شخصية (غير منشور) .

(١٢٢١) المحكمة الإدارية العليا ٦ من مايو/أيار سنة ١٩٦٧ ، مجموعة مبادئ المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر سنة (١٩٦٥ – ١٩٨٠) ، رقم ١١٠ ص ١٠١٠ .

(١٢٢٢) نقض مدني في ١٥ من نوفمبر/تشرين الثاني سنة ١٩٨٩ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٤٠ ، رقم ٣٣٣ ص ٩٦.

(١٢٢٣) يحيى ص ٢١٨ وسلامة رقم ٩٢ص٢١٠ وانظر أمثلة أخرى لدى السعدي رقم ٨٩ ص ٢٢٦ وما بعدهما . وانظر مثالاً آخر هامش رقم ١٣٤ ص ١١٣ من هذا الكتاب .

(١٢٢٤) الأستاذ الدكتور عبد السلام ذهني ، قانون التسجيل الجديد الصادر في ٢٦من يونيه/حزيران سنة ١٩٢٣ ، مجلة المحاماة س ٦ ، العدد السابع ، ص ٥٩٩ .

الثاني : المذكرة الإيضاحية للقانون المدني القديم التي علقت على نص المادة ٤٠٩ بقولها بأن «الإقرار المركب لا يتجزأ، موصوفاً كان أو غير موصوف ، بل يتعين على من يتمسك به بصفته هذه أن يعتد به بأسره» . مع ذلك فلم يكتب لهذا الرأي النجاح لأنه مخالف لصريح نص المادة موضوع التعليق والتي كانت تنص على أن الإقرار لا يتجزأ على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى . فأجاز المشرع بذلك تجزئة الإقرار المركب في حالة واحدة خلافاً لما قرره واضع المذكرة الإيضاحية من عدم جواز التجزئة مطلقاً .

الخلاصة أن التحرز واجب عند الاعتماد على هذه الآراء والأولى مراجعة جميع الأعمال التحضيرية المتعلقة بتشريع معين بحسب ترتيب وضعها ، وتتبع الفترة الواحدة في جميع مراحل التشريع للوصول إلى النتيجة النهائية التي استقر عليها الرأي والتي يصح اعتبار النص معبراً عنها [١٢٢٥] وسند ذلك كله هو أن الأعمال التحضيرية ليست لها قيمة التفسير التشريعي .

الوسيلة الرابعة :الرجوع إلى المصادر التاريخية : ويقصد بها المصادر التي نهل منها المشرع أحكامه فهي ينبوعه الأول [١٢٢٦] وتتكون هذه المصادر من نصوص تشريع سابق أو قائم ، وطني أو أجنبي ، أو عرف أو قضاء أو حتى آراء لبعض الفقهاء [١٢٢٧]. ويعد الرجوع إلى هذه المصادر أصل مسلم من أصول

(١٢٢٥) مرقس رقم ١٣٤ ص ٣٦٢ وانظر في المطالبة بإعادة النظر في الرجوع إلى الأعمال التحضيرية بعد ما أصابها الآن من انحدار فكري (الإهواني رقم ٣١٩ص٢٧٨) وينوه سيادته بأن المذكرات الإيضاحية لا تعبر إلا عن رأي مقترح التشريع عند تقديم المشروع ولا تراعي في الغالب ما طرأ على صياغة المشروع من تعديلات عند إصداره وأنها ليست سوي عبارات إنشائية منمقة منطوية على تكرار للنصوص فضلاً عن أمثلة لا يعلم من أين أتي بها ولا تعبر عن رأي المشرع في الغالب (الإهواني رقم ٣٢٠ ص٢٨٠ وما بعدها وانظر في نفس المعنى : عمران ص ١٥٧) .

(١٢٢٦) الزيات ص ٢٦ .

(١٢٢٧) ويطلق البعض على الرجوع إلى هذه المصادر السوابق التاريخية باعتبار أن هذا المصطلح معبر عن حالة القانون وقت وضع التشريع (تناغو رقم ٢٦٤ص٢٦٧).

ونشير إلى أن محكمة النقض الفرنسية تهدر كل قيمة أو حجية لديباجة القانون (Intitulê de la loi) على أساس أنها لم تخضع لتصويت البرلمان :

Cass. Civ. 20 P . 1923.1.87، Av. 1920 D

التفسير[1228] .

ففي فرنسا : يرجع المفسرون إلى القانون الروماني وآراء الفقيهين بوتييه ودوما وأحكام القوانين السابقة ، سواء أكانت تشريعاً أم عرفاً علاوة على التطبيقات القضائية لهذه القوانين .

وفي مصر : كان المصدر التاريخي للقوانين المصرية متعدداً، فعلى سبيل المثال يتعين على مفسر النصوص التشريعية أن يرجع إلى القانون المدني المصري القديم والقانون الفرنسي والأحكام القضائية والشروح الفقهية لهما. كذلك كان يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية بوصفها مصدراً تاريخياً لشق من نصوص القانون المدني الحالي «فأكثر أحكامها يمكن تخريجه على أحكام الشريعة الإسلامية في مذاهبها المختلفة دون عناء» كما سبق القول [1229] . أضف إلى ذلك قرابة عشرين تقنيناً رجع إليها المشرع واقتطف من كل منها أكثرها صلاحية من ناحية الصياغة التشريعية وحدها ومن المعروف أن الاستئناس بالتقنينات الأجنبية من ناحية الصياغة لا يفيد مطلقاً الرجوع إلى الأحكام الموضوعية التي اشتملت عليها هذه الصيغ التشريعية [1230] .

فكما ورد في تقرير لجنة النواب بشأن القانون المدني «....لم يكن الغرض من الرجوع إلى التقنينات الحديثة أن يتصل المشروع بهذه التقنيات المختلفة اتصال تبعية في التفسير والتطبيق والتطوير فإن هذا حتى ولو كان ممكناً لا يكون مرغوباً فيه ، فمن المقطوع به أن كل نص تشريعي ينبغي أن يعيش في البيئة التي يطبق فيها ويحيا حياة قومية توثق صلته بما يحيط به من ملابسات ، وما يخضع له من مقتضيات» [1231].

خلاصة القول أن ذاتية النصوص واستقلاليتها لا تمنع من الرجوع إلى

(١٢٢٨) البدراوي رقم ١٥٥ ص ٢٣٥.

(١٢٢٩) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني جـ١ ، ص ١٨٩(انظر سابقا هامش رقم ٢٥٩) .

(١٢٣٠) المذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح القانون المدني ، مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ١ ص ص ١٧ : ١٨ .

(١٢٣١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني جـ١ص١٨ هامش رقم ١٨ .

المصادر التاريخية[١٢٣٢] لها حتى تضمن المفسر لتفسيره أقصى درجات الصحة والوضوح [١٢٣٣]

الوسيلة الخامسة : الرجوع إلى حكمة التشريع : ويقصد بها الغاية التي تغياها المشرع من وضع نصوص التشريع ، فعادة ما يتغيا المشرع مصلحة معينة ذات طابع سياسي أو اقتصادي أو اجتماعي أو خلقي من إصداره لتشريع معين[١٢٣٤] .

فالرجوع إلى حكمة التشريع هو الذي أدي بمحكمة النقض إلى اعتبار الليل هو فترة الظلام التي يسبقها الغسق ويتلوها الفجر، ففي هذه الفترة يسكن الناس وتتجلى حكمة تشديد العقوبة .

ونؤكد أن الرجوع إلى حكمة التشريع لا يكون إلا عند غموض النص ، أما النص الواضح فترتفع يد الاجتهاد عنه ويتم تطبيقه فحسب . وهذا ما قضت محكمة النقض المصرية به في أكثر من مناسبة[١٢٣٥] وإن كان الأولي إطلاق القول بضرورة الاجتهاد عند كل تطبيق لنص قانوني قائم على واقعة جديدة .

المطلب الثالث

حالة عدم وجود نص

إذا لم يجد القاضي نصا يحكم النزاع هل يحق له رفض الدعوى دون أن يعتبر مرتكباً لجريمة إنكار العدالة ؟

تختلف الإجابة عن هذا التساؤل بحسب طبيعة النزاع المطروح هل يتعلق الأمر بنزاع جنائي أم بنزاع مدني ؟

أولا: النزاعات الجنائية : يحكم القاضي في هذه المنازعات مبدآن وهما لا

(١٢٣٢) انظر عكس ذلك تقرير لجنة مجلس النواب الذي انتهي واضعه إلى القول بأنه نصوص القانون المدني منفصلة تماماً عن المصدر التاريخي الذي أخذت منه : انظر نفس الموضع المشار إليه في الهامش السابق .

(١٢٣٣) السعدي رقم ٨٧ ص٢٢١ والعطار رقم ١٠٩ص٢٣٦ والإهواني رقم ٣٢٧ ص٢٨٩ وينوه سيادته بوسيلة الرجوع إلى الأصل التشريعي التاريخي للنص للوصول إلى معناه رغم أنه لم يعد نافذا لإلغائه (الإهواني رقم ٣٢٨ ص ص٢٨٩ : ٢٩٠) .

(١٢٣٤) انظر في التفرقة بينهما وبين مناسبة التشريع : السعدي رقم ٣٨ ص ص٢١٥ : ٢١٦ وحجازي رقم ٤٠٥ ص٥٢٢ ورقم ٤٠٨ ص٥٢٣ .

(١٢٣٥) انظر سابقا ص ٣٥٨ وهامش رقم ٣٦٦ص ٣٧٣.

جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون والتفسير الضيق للنصوص الجنائية حفاظا على الشرعية ، فالأصل في الأفعال الإباحة ولا يمكن الخروج عن هذا الأصل إلا بناء على قانون يتعين تفسيره تفسيرًا ضيقاً .

ومقتضى ذلك أن القاضي إذا عجز عن إدخال فعل مادي معين في زمرة الأفعال المحظورة، تعين عليه الحكم بالبراءة مهما كان الفعل مستهجناً ومثيراً لحفيظة الناس(١٢٣٦).

ومثال ذلك ما حدث بشأن واقعة معاشرة بعض الرجال لنسوة ساقطات ، فقد ثار التساؤل عما إذا كان يمكن إدراج هذا الفعل ضمن الأفعال المؤثمة بقانون العقوبات وتشريعاته المكملة أم لا ؟ فكان رأي محكمة النقض المصرية بدوائرها المجتمعة(١٢٣٧) أن هؤلاء الرجال يعدون شهودا على من معهن من النسوة عند القبض عليهم ولا يقعون تحت طائلة العقاب(١٢٣٨) في ظل النصوص القائمة(١٢٣٩) فحسمت بذلك اتجاهاً كان سائداً بتقديم هؤلاء الرجال إلى المحاكمة مع النسوة الساقطات المتهمات بممارسة الدعارة .

(١٢٣٦) مثال ذلك حكم محكمة طنطا الابتدائية في ٧ من مايو/أيار سنة ١٩٠٦ (المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية سنة ١٩٠٦ ، ص ٢١٢ رقم ١٠٤) حيث برأت المحكمة رجل من تهمة الزنا استناداً إلى أن الدليل الذي استندت إليه النيابة العامة في دعواها هو وجوده في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم : طبقاً لصريح المادة ٣٣٨ عقوبات قديم المقابلة للمادة ٣٧٦ من قانون العقوبات الحالي ، وثبت للمحكمة أن الرجل وجد في منزل خاص بالزوجة لم يساكنها فيه زوجها ، ولم يكن معها فيه ، ولم ينفق عليها ولم يعاشرها معاشرة الأزواج لإقامته بمنزل آخر ومن ثمة تكون الزوجة بمعزل عن زوجها ، ويتعين تبرئة المتهم ، وأوضحت المحكمة أن سندها في ذلك هو عدم التوسع في فهم ما أراده الشارع من عبارة "منزل مسلم" أو القياس عليه بأن يجعل في حكمه "منزل مسلمة" : انظر في استعراض هذا الحكم : جلال إبراهيم رقم ١٦٧ ص ٣١٣ .

(١٢٣٧) من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه متي كانت نصوص القانون واضحة جلية المعنى فإن البحث عن حكمة التشريع ودواعيه لا يكون له محل ...لأن البحث في محكمة التشريع ودواعيه إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه مما يكون معه القاضي مضطرا في سبيل تعرف الحكم الصحيح إلى تقصي الغرض الذي رمي إليه والقصد الذي أملاه : نقض مدني في ١٩ من فبراير/شباط سنة ١٩٦٨ مجموعة المكتب الفني ، س ١٩ص٣٣ ، و٢ من مارس/آذار سنة ١٩٧٢ مجموعة المكتب الفني ، س ٢٣ص ٤١٨ ، وانظر الإشارة إلى أحكام أخرى لدى كمال عبد العزيز، المرجع السابق ، ص ٣٥ وما بعدها .

(١٢٣٨)٢ من مارس/ آذار سنة ١٩٨٨ مجلة القضاة س ٣ العدد ٣ و ٤ (مارس/ آذار – أبريل/نيسان سنة ١٩٨٨) ص ص٤٨ :٥١ .

(١٢٣٩) انظر في انتقاد هذه النتيجة الأستاذ حسام محمد نعيم ، طواف حول التشريع / الجزء الثانى، مجلة القضاة س٣ ، العددان ٥و٦ (مايو/أيار– ويونيه/حزيران سنة ١٩٨٨ص ص ٨٢:٧٩) .

ونلاحظ أن القاضي الجنائي محظور عليه كنتيجة لمـــا تقـــدم القيـــاس علـــى النصوص الجنائية والتفسير الواسع لها[١٢٤٠] احتراماً لحريات الناس وامتثالاً للقواعد المتعارف عليها في مجال القوانين الجنائية، وإن كان المقصود بحظر القياس هـــو القواعد التجريمية والقواعد المشددة للعقاب دون القواعد غيـــر التجريميـــة وهـــي أســـباب الإباحة وموانع المسئولية والظروف المخففة.

مع ذلك فان القاضي الجنائي ليس مطالبا بأن يكون ضيق الأفق بل عليـــه أن يترك العنان لعقله وفقاً لقواعد التفسير التي شرحناها حتى يصل النص إلى التكييف القانوني السليم المتفق ومقصود المشرع ، وهذا هو ما فعله القضاء عندما اعتبـــر التيار الكهربائي منقولاً يشكل اختلاسه جريمة سرقة ، وأن جريمة النصب وخيانة الأمانة تقاس على السرقة من حيث استلزام تقديم المجني عليه لشـــكوى لتحريـــك الدعوى العمومية بشأنها مادامت قد وقعت بين الأصول والفروع أو بين الأزواج . ففي الحالة الأولي ضبط المفسر مدلول لفظ منقول أما في الثانية فقد قـــام بالقيـــاس غير المحظور في مجال قواعد الإعفاء من المسئولية الجنائية أو العقاب .

ثانيا : النزاعات المدنية : يحظر على القاضي رفض الدعوى المطروحة عند عدم وجود نص وإلا اعتبر مرتكبا لجريمة إنكار العدالة ، فإذا لم يجد نصا تشريعيا عليه احترام التدرج الذي نص عليه المشرع، فعليه اللجوء إلى العرف ثم إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ثم أخيرًا إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

ومفاد ذلك أن طريق القياس مفتوح أمام القاضي المدني ، وإن كان ما يقيده هو عـــدم جواز ذلك بشأن النصوص الاستثنائية في القانون المدني دون النصـــوص المتفقـــة مـــع القواعد أو المبادئ العامة : فيعد مشروعاً ما يسمي بالقياس المباح، وهـــو القيـــاس علـــى النصوص العامة دون النصوص الخاصة والاستثنائية، وهو قياس يستدعي إعمال القـــدرة على الاستنباط[١٢٤١]. ومثاله ما اتفق عليه في ظل القانون القديم من أن المحـــررات غير الرسمية حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل إنكار للكتابة أو الإمضـــاء أو

(١٢٤٠) لا يوجد تفسير واسع وتفسير ضيق بل إرادة للمشرع عبر عنها بصياغة واسعة أو صياغة ضـــيقة فتفسر الأولي تفسيرا ضيقاً في حين تفسر الثانية تفسيراً واسعاً (السعدي رقم ١٠١ص ٢٥٣) للكشف عن الإرادة الحقيقية للمشرع .

(١٢٤١) رسالة رفاعي سعد ، سبق الإشارة إليها ص٤٠٥ وما بعدها وإن كان ينوه بالرأي المعارض الذي يجيز القياس في النصوص الجنائية لعدم وجود نص تشريعي يحظر ذلك .

البصمة رغم أن نص المادة [١٢٤٢] لم يكن يشمل البصمة[١٢٤٣].

ويعد مباحاً إعمال الفكر استناداً إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كما سبق أن قدمنا وان كنا نحذر مع البعض أن ينساق القاضي وراء هذا كله فيعتبر القاضي نفسه حاكما بأمره يفرض قواعد على الناس دون التفات إلى ما يلائم حاجاتهم[١٢٤٤]، ولعل ذلك هو الذي جعل المشرع يشير في المذكرة الإيضاحية لنص المادة الأولي من القانون المدني إلى أن القاضي ملتزم باجتهاد رأيه حتى يقطع على نفسه سبيل النكول عن القضاء شريطة أن يكون اجتهاده صادراً عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتي خاص[١٢٤٥].

* * *

(١٢٤٢) يختلف بذلك القياس عن التفسير الواسع، فالقياس إلحاق حكم الأصل للفرع لتماثل العلة، أما التفسير الواسع فهو ليس طريقة من طرق التفسير بل هو نتيجة للعملية التفسيرية ذاتها (السعدي رقم ٩٥ ص٢٤٣) وإنما هو إعطاء إرادة المشرع الحقيقية التي لم تظهرها الألفاظ والعبارات (السعدي رقم ٩٦ ص ٢٤٣) وما بعدها ويتصور وجوده في جميع القواعد القانونية ولو كانت استثنائية أو جنائية (السعدي رقم ٩٦ص٢٤٣) .

(١٢٤٣) مرقس رقم ١٣٨ ص ٢٧٤ وسلامة رقم ٩٥ ص ص٢١٧:٢١٨ .

(١٢٤٤) مرقس رقم ١٣٨ ص ص٣٧٦ :٣٧٧ .

(١٢٤٥) انظر في التنويه بدور القاضي استنادا إلى الفلسفة العامة وأصوله ونظرياته: الوكيل رقم ١٦٩ص ٢٧٤ والعطار رقم ١٠٩ ص ٢٣٨ .

الباب الرابع

المذاهب المبينة لأصل القانون



نفرق بين عدة مذاهب فلسفية[١٢٤٦] قيلت في بيان أصل القانون، ويمكن أن تندرج هذه المذاهب تحت تصنيفات ثلاثة هي المذاهب الوضعية القانونية ، والوضعية الاجتماعية وأخيرًا المذاهب المختلطة أي التي تعد مزيجاً من الصنفين الأولين .

ونبحث هذه المذاهب جميعا في أصل القانون ، فنحاول أن نتعرف على العوامل المؤثرة في تكوينه ووجوده . وليس في الإمكان القول بشكل مطلق بأن الصواب في جانب أحد هذه المذاهب دون الأخرى لأن الفقهاء لم يجتمعوا على كلمة سواء حتى الآن في شأن بيان أصل القانون وأساس قوته الملزمة للناس .

لهذا السبب نعرض لهذه المذاهب بموضوعية وتجرد ، ونحاول في النهاية أن نخلص إلى نتيجة مقبولة تبرر لنا أصل القانون . وبديهي أن دورنا الآن أيسر بعد أن أحطنا بأحكام القانون وعرفنا محتواها ومضمونها[١٢٤٧].

(١٢٤٦) الفلسفة – كما هو معروف – كلمة يونانية قديمة مكونة من كلمتين هما فيلو (ومعناها "أحب") وسوفيا (ومعناها " الحكمة ") أي محبة الحكمة : انظر في المعاني المختلفة للفلسفة : مجمع اللغة العربية، المعجم الفلسفي القاهرة سنة ١٩٧٩ص٣٨ وما بعدها .

(١٢٤٧) ليس من شك في أن دراسة هذه المذاهب تؤصل الملكة القانونية للطالب وتصقلها وتجعله محيطا بما قد حدث من تطور في شأن القوة الملزمة للقوانين التي يدرسها .



الفصل الأول
المذاهب الوضعية القانونية

Positivisme juridique

تقوم هذه المذاهب على النظر إلى القانون بوصفة إرادة الدولة ، ومن هنا يرى أنصارها إلزام الناس ، وأهم المذاهب المعبرة عن الفكر الوضعي القانوني هي مذهب الشرح على المتون، ومذاهب "هيجل"، و"أوستن"، و"كلسن" و"بيرنج" .

ونعرض لكل من هذه المذاهب بشيء من الإيجاز،فنوضح مضمونه ثم نعكف على تقديره .

المبحث الأول
مذهب الشرح على المتون(١٢٤٨)

ينسب هذا المذهب إلى الفقيهين العظيمين (أو بري رو) (Aupry & Rau) فضلاً عن ديمولومب (Demolombe) وبودري لاكنتري (Baudry Lacantinerie).

١ – **مضمون المذهب** : يقوم هذا المذهب على أساس فكرة القانون الطبيعي التي تتبنى منهاجاً مثالياً في تأصيل القانون وإن كانوا أنصاره قد قدسوا القانون وجعلوا منه جامعاً لكل شئ . ولم يعدل أنصار مذهب الشرح على المتون عن هذه المثالية التي جعلتهم يرفضون فكرة التفسير على أساس أن القانون الطبيعي أزلي وسرمدي في كل الأزمان والأمكنة(١٢٤٩) إلا بعد أن تحقق مرادهم ووضعت التقنينات كما قدمنا . فبوضع هذه التقنينات أصبح التشريع مصدراً رسمياً وحيداً للقانون أو هو القانون نفسه(١٢٥٠)، واقتصر دور المفسر على التعرف على نية

(١٢٤٨) انظر سابقا دراستنا لهذا الموضوع ضمن مذاهب التفسير ص٣٤٦ وما بعدها .
(١٢٤٩) مرقس رقم ١٨٠ ص ١٥٢ وما بعدها .
(١٢٥٠) السنهوري وأبو ستيت رقم ٢٤ ص ٦٠٣٨ .

المشرع الحقيقية دون سواها، ورخصوا للمفسر في أن يبحث عن النية المفترضة لهذا المشرع عن وضع النص وليس عند تطبيقه .

خلاصة القــول أن الشراح على المتون وجدوا في القــانون مصــدراً وحيــداً للتشريع ، وجعلوا العرف قانوناً بالقدر الذي يجيزه فيه المشرع فحسب . وهذا مــا عبر عنه أحد أنصارهم بقوله «إن شعاري والعقيدة التي أؤمن بها هي النصــوص قبل كل شئ[١٢٥١].

٢ – **تقدير المذهب** : أخذ على هذا المذهب عدة أمور أسلفناها عند دراستنا له ضمن مذاهب التفسير[١٢٥٢] وما يعنينا منها هو التنويه بما يؤدي إليه التمسك بها من تجميد للقانون وتحجيم لتطوره علاوة على ما فيه من خلط بين القانون والتشريع . فالواقع أن التشريع يصدر عن المشرع وحده أما القانون فلا جدال في أن العــرف يدخل ضمن مصادره باعتباره تعبيراً عن إرادة الأمة[١٢٥٣].

علي أية حال فأهمية هذا المذهب تكمن في أنه عصم تقنينات نابليون من عبث الحكام المستبدين وان كان لم يميز بين التشريع الصادر من حاكم مستبد والتشــريع الصادر من سواه[١٢٥٤].

المبحث الثاني

مذهب هيجل

ينسب هذا المذهب إلى أحد أعظم فلاسفة ألمانيا وهو هيجل[١٢٥٥] أستاذ الفلسفة بفيينا وهيدلبرج وبرلين ، وتقوم فلسفته على تمجيــد الجــنس الألمــاني والدولــة

(١٢٥١) وهذا القول منسوب Demolombe (حجازي رقــم ١٣٢ ص ١٩٥) وهــو يقابــل قــول Bygnet " إني لا أعرف القانون المدني ، وإنما أدرس تقنين نابليون " : السنهوري وأبــو ســتيت رقم ٢٦ ص ٣٨ .

(١٢٥٢) انظر دراستنا السابقة لهذا الموضوع ص ٣٤٦ وما بعدها.

(١٢٥٣) خضر رقم ٩٣ ص ١١٤ .

(١٢٥٤) القاضي ص ٨٧ .

(١٢٥٥) اسمه بالكامل Fredrich Hegel سنة ١٧٧٠ وتوفي سنة ١٨٣١ : انظــر قــاموس لاروس سابق الإشارة إليه ص ١٢٨٢ .

البروسية مما جعل الدولة الألمانية تتبناه رسمياً[١٢٥٦] ونبين هنـا مضـمون هـذا المذهب ثم نذكر ما له وما عليه .

(١) **مضمون المذهب** : يقوم هذا المذهب على أسس ثلاثة هي المثاليـة والجدليـة والوضعية إلى نتائج محـددة . ونعـرض الآن للأسـس والنتائج :

أ – **أسس المذهب** : ثلاثة : يقوم هذا المذهب كما قدمنا على أسس ثلاثة هـي المثالية والجدلية والوضعية على النحو التالي :

(١) **المثالية** : ويقصد بها أن الفكر أسبق إلى الوجود مـن المـادة، وأن وراء الوجود أي المادة تكمن فكرة مطلقة وهي الروح . وهذه الفكرة هي التـي سـبقت العالم المادي إلى الوجود .

(٢) **الجدلية** : ويقصد بها صراع الأضداد أو النقائض ، فالنقيض هـو الـذي يجعلنا نتعرف على معنى الشيء المقابل له ، فالفرح يعلمنا معنى الحزن ، والظلام يجعلنا ندرك معنى النور وقيمته . فالجمع بين الشيء ونقيضه يدفع إلـى الحركـة والتطور وفقا لخطوات ثلاثة هي : الإثبات والنفي ونفي النفي : فبداية يكون الشيء مثبتاً ثم يحوله الصراع إلى النقيض . ويستمر الصراع فيصبح التركيـب الجديـد شيئاً(الإثبات) ثم يتحول إلى النقيض (النفي) الذي يتحول بدوره إلى مركب جديـد (نفي النفي) ويستمر الصراع ويستمر التطور فيتحول الواقع والمعقول إلى شـيء واحد .

(٣) **الوضعية** : وهي قائمة على الجدلية التي أصبح بواسطتها الواقع في مرتبة الحق مما أدى بهيجل إلى نبذ الأفكار المثالية المجردة وتبني فكرة واقعية القـانون والدولة، فالدولة عنده تتطور نتيجة سلسلة من الصراعات بين الأفراد وتنشأ عنهـا الأسرة ثم يحدث الصراع بين الأسر، فينشأ المجتمع ثم يمتد الصراع إلى الطبقـات الاجتماعية وهي طبقات المزارعين والتجار والصناع والحكام . فتعد نشأة المجتمع

(١٢٥٦) انظر في تفصيل هذا المذهب كتاب هيجل المترجم من الألمانيـة إلـى الفرنسـية الأسـتاذ Kaan André تحت عنوان Principes de la philosophie du droit، Nrf، édition Gallimar، 1940 وقد كتب الأستاذ Jean Hyppolite مقدمة هذا الكتاب وانظر أيضا الأستاذة الدكتورة أميرة حلمي مطر، في فلسفة السياسة، دار الثقافة للنشر والتوزيع سنة ١٩٨٥ ، ص ١٣١ وما بعدها .

ضرورة وتعتبر غلبة الصالح العام على الصالح الخاص داخلــه حاجــة ملحــة . ويصل هيجل إلى القول في النهاية بأنه نتيجة لهذا الصراع يتحول البعض إلى سادة والبعض الآخر إلى عبيد داخل المجتمع وهو الدولة ، ويتفرغ العبيد للإنتاج ويكرس السادة وقتهم لأعمال المجد والبطولة والشرف(١٢٥٧).

ب – **نتائج المذهب**(١٢٥٨): يعنينا في مجال دراستنا أربع نتائج منها وهي :

(١) اعتبار الدولة مزيجاً من الأسرة والمجتمع المدني وتجسيداً حقيقياً لأفرادها، وهذا يعني أن سلطتها مطلقة على الأفراد الذين لا ينبغي أن يحاسبوها على أعمالها وإنما يتركون حسابها لله والضمير(١٢٥٩)، فاعتبر الدولة حقيقة مقدسة ورفض بذلك القول بأنها محصلة عقد اجتماعي يربطها بالأفراد(١٢٦٠).

(٢) النظر إلى الحكم الملكي الدستوري الوراثي على أنه النظام الوحيد الــذي ينظر إلى الإنسان بوصفه إنساناً حراً .

(٣) جعل مفهوم المساواة مرتبطاً بالمساواة أمام القانون دون المســاواة فـــي الانتخاب وسن القوانين وتصريف أمور الدولة .

(٤) تقنين الحرب كوسيلة لصحة وسلامة أخلاق الشــعوب لارتبــاط الســلام الطويل بالركود، فالحرب وسيلة مشروعة لتحقيق سياسة الدولة فهي تمثل الحــال الطبيعية بين الدول(١٢٦١).

٢ – **تقدير المذهب** : ينسب إلى هيجل فضل التصوير الواقعي للقانون والدولة والتأكيد على حرية الفرد انطلاقاً من مثاليته ، لذا قيل أن الباحث في فلسفة القــرن التاسع عشر يتعين عليه الرجوع إلى مذهب هيجل الذي استوعب تاريخ مـــا قبلــه وحدد مسار ما بعده(١٢٦٢).

(١٢٥٧) أميرة مطر، المرجع السابق، ص ١٤٧ وما بعدها .
(١٢٥٨) هيجل ، المرجع سابق الإشارة إليه ، رقم ٢٧٠ ص٢٨٤ .
(١٢٥٩) أميرة مطر ص ١٤٥ وما بعدها .
(١٢٦٠) تناغو رقم ٦٤ ص ١٨٩ .
(١٢٦١) هيجل ، المرجع سابق الإشارة إليه ، رقم ٣٢٢ ص ٣٥٢ وما بعدها .
(١٢٦٢) أميرة مطر ص ١٣١ .

مع ذلك فقد وقع هيجل في عدة أخطاء نالت من نجاح أفكـاره ، وأهـم هـذه الأخطاء هي :

(١) توظيف الفلسفة لتدعيم النظام الملكي لحكم روسيا ، فجعل النظام الوراثي أفضل أنظمة الحاكم وجعل للملك سلطاناً مطلقًا تحيطه شبهات التحكم[١٢٦٣] بوصفه مجسدا لإرادة أفراد المجتمع .

(٢) قبول مبدأ الحرب كأسلوب لفض المنازعات بين الدول يحسم الصـراعات بين الشعوب لصالح الأقوى ، بهدف تبرير حق الشعب الألماني في الهيمنة والسيادة على باقي شعوب العالم[١٢٦٤] ولو على حساب الالتزامات الدولية باعتبار أن هـذه الالتزامات تتعارض مع السيادة المطلقة للدولة .

(٣) الإسراف في التركيبات الثلاثية وهي الإثبات والنفي ونفي النفي ، ومثـال ذلك جعله الملكية إثباتاً والعقد نفياً والعمل المشروع نفياً للنفي على الرغم مـن أن هذا التركيب لا يتناقض عنصريه وهما الملكية والعقـد ، ويبـرر الفقهـاء ذلـك الإسراف برغبة هيجل ، الواعية أو غير الواعية ، في التوسع في تطبيق المفهـوم الجدلي في مجال القانون .

(٤) تمهيد الطريق للفاشية والنازية بمناداته بالمطابقة بين القـانون الوضـعي والقانون الطبيعي بما يؤدي إلى استبداد الدولة السـائدة بمواطنيهـا وبجميـع دول الأرض وشعوبها ، وهو مـا أدى بطريـق آخـر إلـى تمهيـد الطريـق أمـام الماركسية[١٢٦٥].

(١٢٦٣) كان هيجل لا يرى في النظام البرلماني الإنجليزي نظاماً صالحاً لأنه يركز السـلطة فـي يـد أرستقراطية ليس لها جذور قومية ، كما لم تكن تحقق الثورة الفرنسية مثاله المنشود : أميرة مطـر ص ١٤٧ .

(١٢٦٤) كان هيجل ينظر إلى الشعب الألماني على أنه وحده يعد شعباً تاريخياً لأنه حقق بأعماله مرحلة حيوية من مراحل تطور العقل الكلي وأنه وحده يمثل أرقى درجات تطور العقل المطلق : أميـرة مطر ص ١٥٥ .

(١٢٦٥) تناغو رقم ٦٤ ص ١٨٩ .

خلاصة القول أن هيجل مقتنع بأن القانون هو إرادة الدولة ، وأن أصل إلزامه هو كونه معبراً عن هذه الإرادة .

المبحث الثالث

مذهب اوستن

صاحب هذا المذهب هو أحد أعظم فقهاء فلسفة القانون الإنجليزي وهو جـــون أوستن (١٧٩٠م – ١٨٥٩م) أستاذ فلسفة القانون بجامعات لندن[١٢٦٦] والذي كـــان يرى أن القانون هو مشيئة الحكام . ونعرض هنا لمضمون مذهبه ثم ننصرف إلى تقديره .

١– **مضمون المذهب** : يعتبر أوستن أن القانون هو أمر (Commande) ، وليس نصيحة[١٢٦٧]، صادرة من شخص مسلم له بالطاعة وهو الحاكم إلى أشخاص عليهم واجب احترام هذا الأمر ، وبديهي أن هذا الأمر يصحبه جزاء يفره الحاكم لضمان هذا الاحترام [١٢٦٨] وحتى يتضح هذا كله نشير إلى أسس هذا المذهب ونتائجه :

أ – أسس المذهب : أربع : نوجز الأسس التي أقام عليها أوستن مذهبـــه فـــي أربعة أمور وهي :

(١٢٦٦) وهذه النظرية تعد صياغة جديدة لنظرية الفيلسوف الإنجليـــزي هـــويز (Thomas Hobbes) الذي ولد ببلدة Westport بمدينة Malmesbury في سنة ١٥٨٨م وتوفي سنة ١٦٧٩م (قاموس لاروس ، سابق الإشارة إليه ، ص ١٢٨٩) وكان يرى أن الأفراد يبرمون عقداً ينزلون بمقتضـــاه عن حقوقهم الطبيعية لينتقلوا من عهد الفطرة إلى عهد المجتمع المنتظم ، ولما كان الحـــاكم لـــيس طرفاً في هذا العقد فإنه لا يتقيد عند التشريع بأية قيود ولو كانت مثلاً أعلى للعدل (مـــرقس رقـــم ١٨٧ ص ٥٢٥ هامش رقم ٣) وكان يعتبر القانون أمراً من صاحب السلطان إلى من عليهم واجب الطاعة (يحيي ص ٢٢٦ والقاضي ص ٨٠ وعرفه ص ٧٩ وبدير ص ص ١٠٠ : ١٠١) وانظر في مذهب هويز : أميرة مطر في ٨٩ وما بعدها .

(١٢٦٧) جمعة ص ٩٢ .

(١٢٦٨) ويقابل هذا المذهب الإنجليزي المذهب الفرنسي للشراح على المتون:الســـنهوري وأبـــو ســـتيت رقم٢١ ص٣١.

(١) وجود مجتمع منتظم .

(٢) اعتبار القانون أمراً صريحاً أو ضمنياً [١٢٦٩]صادراً من حاكم أو هيئة سياسية[١٢٧٠] إلى محكوم ويلاحظ أن الأمر الصادر من المشرع يكون صريحاً في قانون العقوبات وضمنياً بشأن قواعد القانون المدني التي تنظم أحكامها وتنطبق على كل من يختار إتيان هذه التصرفات[١٢٧١].

(٣) إن الحاكم مصدر الأمر له حق الطاعة على المخاطبين بأمره .

(٤) إن أمر الحكام مصحوب بجزاء يوقع على من يعصي الأمر من المحكومين ، هذا الجزاء مادي يكفل تنفيذ الأمر الصادر من الحاكم[١٢٧٢].

خلاصة القول أن القانون لدى أوستن هو إرادة أو مشيئة للحاكم واجبة الاحترام لصدورها ممن له واجب الطاعة على غيره .

ب – نتائج المذهب : نوجز أهم نتائج هذا المذهب في النتائج التالية :

(١) اعتبار التشريع أو الأمر مصدراً وحيداً للقانون ، فهو وحده صادر من الحاكم صاحب السلطان ، أما العرف فيعد مصدراً للتشريع بقدر تعبيره عن إرادة الحاكم .

(٢) أن وصف التشريع أو الأمر ينتفي إذا لم يوجد حاكم أو جزاء . وعلى هذا الأساس لا يعد القانون الدولي قانوناً بالمعنى الصحيح لعدم وجود حاكم يملك سلطة الأمر المصحوب بجزاء وإلا كان في هذا مساس بسيادة الدولة. كذلك الحال بشأن القانون

(١٢٦٩) ولو صدر في صورة رجاء .

(١٢٧٠) استبدادية أو ديمقراطية : السنهوري وأبو ستيت وقم ٢٢ ص ٣٢ .

(١٢٧١) أما القوانين التفسيرية والقوانين الصادرة بإلغاء قانون آخر وما أشبه ذلك فهي قوانين وإن كانت لا تأمر بشيء وإنما تسمح للأشخاص ببعض الرخص إلا أنها قواعد قانونية لأنها تنشئ حقوقاً تقابلها من جانب التزامات تنشأ لأول مرة أو تقوم بإلغاء القانون القديم وهذه الالتزامات تنفذ بالقوة : القاضي ص ٨٢.

(١٢٧٢) القاضي ص ص ٨٠ :٨٢ .

الدستوري[١٢٧٣] لأم المخاطب بأحكامه هو الحاكم نفسه وليس المحكومين .كما أنه من غير المتصور أن يصدر الحاكم أمراً إلى نفسه ويوقع على نفسه الجزاء إذا خالفه [١٢٧٤]. الخلاصة أنه يعتبر الجزاء المقرر للقانون الدولي والقانون الدستوري مزيجاً من القانون والأخلاق [١٢٧٥].

(٣) إن دور المفسر هو كشف إرادة السلطان ، فمتي ثبتت له هذه الإرادة تعين عليه التقريب بين إرادة السلطان وإرادة المشرع بقصد استنباط مفاهيم ونظريات عامة ، فليس بوسع القاضي أن يتجاهل هذه الإرادة أو يحورها أو يضيف إليها خضوعاً لمبادئ العدالة أو تمشياً مع التطور وما طرأ على المجتمع من تغيير [١٢٧٦]...

(٤) إن وصف الجزاء ينسحب عن الجزاءات الأخرى انسحاب الأمر عن الأوامر الصادرة إلى الحيوان : فالجزاءات الأخروية ليس جزاءات قانونية لأنها ليست مادية دنيوية [١٢٧٧]، فهي كالجزاءات المترتبة على مخالفة الأخلاق والمجاملات الاجتماعية والآداب العامة . وهذه النتيجة مرتبطة بتعريفه للجزاء بأنه مادي دنيوي صادر من عاقل إلى عاقل بغرض كفالة تنفيذ أمر الحاكم[١٢٧٨] .

٢ – **تقدير المذهب** : يتسم مذهب أوستن بالوضوح والبساطة ، فالقانون لديه هو إرادة السلطان التي يلتزم المحكومين باحترامها وإلا تعرضوا للجزاء .

(١٢٧٣) أضف إلى ذلك أن أوستن كان يرى أن القاعدة التي تعطي للحاكم الاختصاص في إصدار القوانين يجب أن تسبق من الناحية النظرية وجود القانون الذي يصدره الحاكم وهذا ما دفعه إلى القول بأن قواعد القانون الدستوري والقواعد المحددة للسلطة مصدرة القوانين ليست قانونية لأن الحاكم قبل وجوده لم يكن مختصاً بالتشريع (القاضي ص ٨١) .

(١٢٧٤) فهو يطرد القواعد الدستورية والدولية من دائرة القانون : الزيات ص ١٢ .

(١٢٧٥) عبد الباقي ص ٤١ .

(١٢٧٦) السنهوري وأبو ستيت رقم ٢٢ ص ٣١ .

(١٢٧٧) السنهوري وأبو ستيت رقم ٢٢ ص ص ٣٣ :٣٤ .

(١٢٧٨) وفي رأيه أن الوعد بجائزة لمن يطيع القانون لا يعتبر جزاء، لأن الجوائز تعطي حقاً في إطاعة القانون ولا تفرض التزاماً لا سيما وأن الجزاء يجب أن يستشعر الألم : القاضي ص ٨٢ .

مع ذلك فيعيبه عدم التعمق في ماهية القانون وكنهه قبل إنشاء المشرع للقاعدة القانونية [١٢٧٩]، فلا يجيب عن التساؤل الآتي : هل كانت القاعدة موجودة قبل وجود المشرع أم كانت قبل وجوده نسياً منسياً ؟[١٢٨٠] علاوة على اتهامه بما يلي :

(١) النظرة السطحية للقانون : فيكتفي بكون القانون أمراً مقترناً بجزاء بغض النظر عن محتواه ، وهو أمر ظاهر الشطط[١٢٨١] ، ويفتح الباب على مصــراعيه أمام استبداد الحاكم [١٢٨٢].

(٢) إنكار اعتبار العرف قانون : لا يعد العرف قانوناً وفقاً لأوستن إلا بالقــدر الذي يسمح به المشرع رغم أسبقية العرف على القانون . فهو لــيس قانونــاً لأن المحاكم تطبقه وإنما تطبقه المحاكم لأنه قانون[١٢٨٣] مفروض على المشــرع[١٢٨٤] والقاضي على السواء.

(٣) إنكار وصف القانون على القواعد الدستورية والدولية ، حيث تجد الأولي مصدرها في العرف الدولي والمعاهدات إلى جوار التشريع ويوقع الجــزاء عليهــا المجتمع الدولي ممثلاً في هيئة دولية (مثل الأمم المتحدة) ، أما الثانية فهي أوامــر يلتزم بها الحاكم أيضاً ويتمثل الجزاء على مخالفتها في رقابة الشعب وممثلين فــي المجالس النيابية .

(٤) ربط وجود القانون بالجزاء دون الرضا والاختيار قبل القهر والإجبار على الرغم من أن الالتجاء المستمر إلى استعمال القوة في تنفيذ القوانين يعــد علامــة ضعف لا علامة قوة [١٢٨٥]، فهو يدل على ضعف الوازع الفردي باحترام القانون ،

(١٢٧٩) وهذه نتيجة للمعيار الشكلي البحث الذي يتبناه في نظرته للقانون :القاضي ص٨٣ وخضررقم٨٧ ص١١٠ .

(١٢٨٠) القاضي ص ٨٣ وفرج رقم ٤٩ ص ٨٩ .

(١٢٨١) كيره رقم ٤٧ ص ٩٢ وعمران ص ٣٢ .

(١٢٨٢) عبد الباقي ص ٣٩ وصفوت ص ٦٦ ويحيي ص ٢٢٩ .

(١٢٨٣) هذا هو الرأي المفضل وإن كان الفرق العملي بينهما ليس كبيراً :السنهوري وأبو ستــيت رقم٢٣ ص٣٥.

(١٢٨٤) كامل رقم ٩٤ ص ٢٦٩ .

(١٢٨٥) السنهوري وأبو ستيت رقم ٢٣ ص ٣٦ .

كما أن ذلك الربط يغفل احترام البلاد الشرقية للقوانين الإلهية ذات الأصل الـديني رغم عدم صدورها من حاكم أو سلطان[١٢٨٦] في مفهوم أوستن .

موجز القول أن نظرة أوستن إلى القانون نظرة قاصرة ، فكما قيل بحـق هـو أشبه بالمحامي الذي لا يعترف بقانون إلا لأن الحكومة تنفذه ولا يهمه شـيء مـن أصل نشوئه [١٢٨٧].

(١٢٨٦) مرسي ومصطفى رقم ٢٠ ص ٣٠ .
(١٢٨٧) صفوت ص ٧٤ .

المبحث الرابع

مذهب كلسن [١٢٨٨]

ينسب هذا المذهب[١٢٨٩] إلى كلسن وهو أستاذ للقانون العام وفلسفة القانون ومؤسس لمدرسة العلم القانوني (Le systéme normativiste) ونبحث الآن مضمون نظريته ثم نضعها في ميزان التقدير .

١ – مضمون المذهب : يعتبر كلسن أن الدولة والقانون شيء واحد ، وأن دراسة القانون تقتصر على القانون دون مبادئه . ويرتب على ذلك نتائج متعددة .وهذا ما ندرسه الآن في نقطتين الأولي هي الأسس التي قام عليها المذهب والثانية هي النتائج المترتبة عليه :

أ – أسس المذهب : ثلاثة : يقوم مذهب كلسن على الثلاثة أسس التالية وهي :

(١) تشبيه الدولة والقانون بالله والطبيعة ، فإذا رجع القانون لدولة فإن الطبيعة ترجع إلى الله تعالى وعلى هذا الأساس تعد الدولة مصدراً للقانون ودور رجل القانون أن يهتم بأية ضوابط أو إيديولوجيات مستمدة من الأخلاق أو السياسة أو القانون الطبيعي .

(٢) اعتبار الدولة مجموعة قواعد قانونية عامة أو فرعية (مثل القرارات الإدارية والأحكام القضائية) وليس شخصاً معنوياً .

(٣) التدرج الهرمي للقواعد القانونية على النحو الآتي : الدستور ثم التقنينات ثم التشريعات المتفرقة ثم قرارات مجلس الوزراء ثم قرارات رئيس الجمهورية ثم القرارات الوزارية والإدارية المختلفة والأحكام القضائية . فالنظام القانوني لديه يستند إلى قاعدة أساسية أو أصلية يستند إليها الدستور الذي يعد أساساً لما يعلوه من قواعد قانونية .

ب – نتائج المذهب : يرتب كلسن مذهبه على نتيجتين مهمتين وهما :

(١٢٨٨) واسمه بالكامل Hans Kelsen وهو أستاذ قانون أمريكي من أصل نمساوي ولد في مدينة Prague سنة ١٨٨١م وتوفي سنة ١٩٧٣م (انظر قاموس لاروس، المرجع السابق ، ص١٣٣٢).

(١٢٨٩) ويسمى مذهبه أيضا بالنظرية الأحادية الحديثة : تناغو رقم ٦ ص ١٧ وما بعدها .

الأولى : وحدة القانون ، فلا يوجد قانون عام وقانون خاص بل قانون واحد ، وهذه نتيجة منطقية لتجرد عالم القانون من كل الضوابط والإيديولوجيات .

الثانية : تقيد الدولة بالقانون فإذا كانت الدولة هي القانون فإن وجودها مرهون بالتزامها به ، فهي تمارس وظائفها كما قدمنا من خلال التدرج الهرمي للقانون .

٢ – **تقدير المذهب** : لعل أهم ما ينسب إلى المذهب من مزايا هو تأكيده على فكرة التدرج الهرمي للقواعد القانونية وتأسيس هذا التدرج على الدستور ، مع ذلك فإن المآخذ على مذهب كلسن كثيرة أهمها :

أ – الخلط بين إنشاء القانون وتطبيقه: فالقرارات والأحكام القضائية لا يجب أن تعد جزءاً من الهرم التشريعي لأنها ليست منشئة للقانون وإنما مطبقة له وتفتقر من ثمة إلى خصيتي العمومية والتجريد .

ب – الاستناد إلى قاعدة غامضة وهي القاعدة الأساسية أو الأصلية ، فهذه القاعدة ليس لها وجود فعلي في العالم المحسوس ، وهذا يهدد الهرم كله بالانهيار[١٢٩٠] .

ج – عدم تقديم أساس لمكانة الدستور ، فإذا كان الدستور على قمة الهرم القانوني وكان ما يعلوه من قواعد يستمد قوته منه ، فهنا نتساءل عن مصدر قوة الدستور؟ [١٢٩١] .

د – إلغاء الاجتهاد : فيجعل كلسن من الهرم القانوني معبداً لعبادة الأوثان يدخله رجل القانون ليجد فيه الحل القانوني دون إعمال العقل بقطع النظر عن عدالة الحل أو ملاءمته للواقع الاجتماعي .

هـ – إنكار العرف ، لا يعتبر كلسن العرف مصدراً من مصادر القانون ولا يدخله بالتالي الهرم القانوني !

و – عدم توضيح مكانة القانون الدولي العام ، فإذا كان القانون الدولي العام غير مدرج في الهرم القانوني ، فهل معنى ذلك وجوب خصه بهرم مستقل ؟

ز – إضفاء وصف القاعدة على ظواهر فردية تطبيقية مثل القرار والحكم والعقد[١٢٩٢] .

خلاصة القول أن مذهب كلسن لا يجوز الاستسلام له أو تبني تعاليمه[١٢٩٣] بعد ما قدمناه من عيوب أخذت عليه .

(١٢٩٠) جمعة ص ٩٢ .

(١٢٩١) وقد قيل بحق انه يشبه في ذلك قائد طائرة يحلق بها في الفضاء دون وجهة معينة ويمضي بكل الموجودين داخلها إلى مصير مجهول : مرقس رقم ١٨٨ ص ٥٣٠ .

(١٢٩٢) جمعة ص ٩٢ .

(١٢٩٣) الوكيل رقم ١٧٩ ص ٢٩١ .

المبحث الخامس

مذهب ييرنج

صاحب هذا المذهب هو فقيه ألماني شهير[١٢٩٤] صاغ مذهبه المعروف باسم مذهب الغاية والكفاح[١٢٩٥] للتدليل على وجود قوة مفكرة تتحكم في نشأة القانون[١٢٩٦] . وندرس كما تعودنا مضمون هذا المذهب ثم نعكف على تقديره .

١ – مضمون المذهب : ينشأ القانون ويتطور ابتغاء غاية اجتماعية معينة ، فإذا كان متصورا نتيجة بغير سبب فيمكن أن نتصور عملاً بغير غاية[١٢٩٧] ، فالفارق بين الإنسان والحيوان هي في أن الأول يشعر ويفكر أما الثاني فيشعر فقط ، فإذا عطش الحيوان شرب وقضي الأمر أما إذا عطش الإنسان فإنما يشرب لغاية لا لسبب .

ولما كان السبب يسبق المسبب والغاية لاحقة على الوسيلة المستعملة لإدراكها ، فإن السبب يترتب عليه المسبب آلياً أما الغاية فلا تكون إلا لمقصد . ويخلص ييرنج من ذلك إلى أن السبب أعمي والغاية مبصرة [١٢٩٨].

وحتى يتضح المعنى أكثر نوضح الأفكار الأساسية لهذا المذهب على النحو الآتي :

أ – القانون متطور ، حيث تحكم إرادة الإنسان الواعية المستهدفة حفظ المجتمع عملية تطوير المجتمع ، فيتطور القانون تطوراً مبصراً نحو الغاية التي يخضع لها

(١٢٩٤) ويدعي Jhering (١٨١٨م – ١٨٩٢م) .

(١٢٩٥) انظر دراسة تفصيلية لذلك : الأستاذ الدكتور ثروت أنيس الأسيوطي ، نشأة المذاهب الفلسفية ، مذكرات على الآلة الكاتبة (بدون تاريخ)، رقم ١٠ ص ٩ وما بعدها .

(١٢٩٦) القاضي ص ٦٧ ومنصور رقم ٩٨ ص ١٧٨ .

(١٢٩٧) انظر في عرض ذلك : القاضي ص ٦٧ .

(١٢٩٨) انظر في تفصيل ذلك الأسيوطي ، نشأة المذاهب الفلسفية ، سابق الإشارة إليه رقم ١٠٤ ص ٩٥ وما بعدها.

القانون بوصفه ظاهرة اجتماعيـــة ، وهــذه الغايـــة ليســت إلا حفــظ المجتمــع وسلامته[١٢٩٩].

ب – القانون الجديد محصلة كفاح وصراع (Lutte) بين المصالح المتعارضـــة بحيث يعكس في النهاية مصالح القوة المنتصرة .

ج – القوة تخلق القانون وتؤيده ، فالقوة هي التي تغيـــر القـــانون القـــائم[١٣٠٠] وبانتصارها يقف المشرع إلى جوارها فيتبنى القانون الــذي ناضـــلت مـــن أجلـــه ويفرض جزاء على من يخالفه [١٣٠١].

د – الحق هو مصلحة ينشئها ويحميها القانون استجابة لكفاح أصحابه، ونتيجة هذا الارتباط بين الحق والقانون يترتب على التهاون في التمسك بـــالأول انهيـــار الثاني. أما الدفاع عن الحق هو دفاع عن القانون وحرمان من يدافع عن حقه يعــد خرقًا للقانون[١٣٠٢].

٢ ــ **تقدير المذهب** : يرجع إلى ييرنج فضل التنويه بـــدور الإرادة البشـــرية المبصرة في تطوير القانون، وتوضيح غاية القـــانون فـــي الســـعي إلـــى حفـــظ المجموع[١٣٠٣].

مع ذلك فإن مذهبه تعتوره الأمور الآتية :

(١٢٩٩) كيره رقم ٦٦ ص ١٢٨ وخضر رقم ١٠٤ ص ١٢٥.

(١٣٠٠) الزيات ص ٢٣ .

(١٣٠١) وهو ما عبر عنه ييرنج بقوله : إن القانون بغير جزاء نار لا تحرق ونور لا يضيء : انظر في عرض ذلك مرقس رقم ١٨٨ ص ٥٣٢ .

(١٣٠٢) الأسيوطي ، نشأة المذاهب الفلسفية ، سابق الإشارة إليه ، رقم ٥٤ ص٥١ ويشير ســيادته إلـــى الحيلة التي استخدمتها«بورثيا» في الدفاع عن «انطونيو» ضد إصرار المرابـــي اليهــودي علـــى اقتطاع جزء من لحمه في رواية تاجر البندقية لشكسبير ، فبعد أن استنفدت النصح اشترطت علـــى اليهودي أن يقتطع رطلاً من لحم انطونيو دون أن يريق نقطة دم واحدة وطالبت بتطبيـــق القـــانون عليه لشروعه في الاعتداء على حياة أحد المواطنين ومصادرة نصـــف أموالـــه لصـــالح الدولـــة والنصف الآخر لصالح المعتدي عليه مما اضطر اليهودي في النهاية للنزول عن حقه بعد أن كـــان قد رفض ضعف مبلغ المديونية ، وعفا عنه الدوق واكتفى«انطونيو» بالحصول على حـــق انتفـــاع على نصف أموال المرابي اليهودي . وينوه سيادته في النهاية بأن القاضي ما كان يجب أن يلجـــأ إلى الحيلة بعد أن ثبتت لديه صحة العقد .

(١٣٠٣) السنهوري وأبو ستيت رقم ٤٤ ص ٦٤ .

أ – منح الإرادة الإنسانية دوراً مبالغاً فيه في إنشاء القوانين وتطويرها ، فـلا يمكن القول بأن للإرادة دوراً في إنشاء الأعراف وتطويرها(١٣٠٤) .

ب – فتح باب الاستبداد حيث اعتبر القانون معبراً عن مصالح الفئة المنتصرة وملزماً للدولة بتبنيه بغض النظر عن عدالته .

القول بأن القانون هو محصلة صراع فيه مصالح متعارضة رغم أنه يعد فـي حقيقته توفيقاً بين هذه المصالح ، وإذا صحت فكرة الصراع نتساءل كيف نشأ أول قانون ؟

د – إغفال وجود قدراً مشتركاً من الأسس والأصول العامة بين قوانين الأمـم والجماعات المختلفة يجعل جوهر القانون نتاج الإرادة الإنسانية المبصرة الواعيـة إلى جوار عوامل البيئة المحلية القومية ، مع ملاحظة أن هذا القدر المشترك مـن الأسس والأصول مرده وحدة العقل البشري وتشابه الطبيعة الإنسانية على اختلاف الزمان والمكان ، ومفاد هذا كله أن الكفاح المكون للقانون يجب أن يرد إلى العقـل دون القوة(١٣٠٥) .

خلاصة القول أن هذه المذاهب جميعاً تجعل القـانون محصـلة إرادة حـاكم يصوغها في تشريع وأن هذا التشريع وحده يعد مصدراً للقانون .

(١٣٠٤) عبد الباقي ص ٧١ ويحيى ص ٢٤٧ .
(١٣٠٥) كيره رقم ٦٦ ص ص ١٢٨ : ١٢٩.

الفصل الثاني
المذاهب الوضعية الاجتماعية

يبحث أصحاب هذا المذهب عن أصل القانون في البيئة الاجتماعية من زوايـا التاريخ (المذهب التـاريخي) أو الاقتصـاد (المـذهب الماركسـي) أو التضـامن الاجتماعي (مذهب التضامن الاجتماعي) أو المثالية (مذهب القانون الطبيعي).

المبحث الأول
المذهب التاريخي

لا يمكن نسب هذا المذهب إلى عالم واحد وإن كان أول من نبـه إليـه هـو مونتسكيو في كتابه روح القوانين ثم انتشر على يد سـافيني[١٣٠٦] سـنة ١٨١٤م ، ونعرض هنا لمضمونه ثم نقوم بتقديره بذكر ما له وما عليه .

١ – مضمون المذهب : يفسر لنا دعاة المذهب التاريخي نشأة القانون تاريخياً بوصفه وليد الحاجات الاجتماعية المتغيرة في كل زمان ومكان ، فينشأ القانون من مجموعة التقاليد والأعراف التي ينتجها الشعب ويتطور تلقائياً بدون إرادة واعيـة تسيره[١٣٠٧] . بعبارة أخرى أن القوة الخلاقة للقانون تكمن في الأجيـال الحاضـرة والمستقبلة من أفراد الشعب[١٣٠٨] التي تستطيع أن تصوغه حسب[١٣٠٩] احتياجاتهـا

(١٣٠٦) وهو رجل قانون وفيلسوف ألماني اسمه بالكامل Friedrich Carl Von Savigny ولد بمدينـة Francfort Sur Le Main سنة 1779م وتوفي سنة ١٨٦١م (قاموس لاروس ، سـابق الإشـارة إليه، ص ١٥٥٠) وقد سبق أن أشرنا إليه في موضوع تقنين التشريع .

(١٣٠٧) السنهوري وأبو ستيت رقم ٣٩ ص ٥٧ .

(١٣٠٨) جمعة ص ٨٧ .

(١٣٠٩) انظر في بيان ذلك كتاب روح القـوانين لمونتسـكيو (.Livre XIX Chapitre IV، 461)، (سابق الإشارة إليه) .

وظروفها المناخية والجغرافية والاجتماعية[١٣١٠] ، وحتى نضمن لعرضنا لمضمون هذا المذهب الوضوح نبحث أسسه ثم نتائجه :

أ – **أسس المذهب** : يمكن استعراض أسس المذهب التاريخي على النحو الآتي:

(١) القانون كائن اجتماعي يعكس البيئة التي تنشأ فيها، فهو ليس قانونا طبيعيا أو وليدا لإرادة السلطان أو محصلة للإرادة البشرية الواعية.

(٢) القانون ذاتي النشأة في ضمير الجماعة، مثله في ذلك مثل اللغة فينشأ ويتطور مع نمو ضمير الجماعة ويعبر عنها تعبيرا صادقا مباشرا عن الظروف الاجتماعية.

(٣) العرف بفضل التشريع، فيعد العرف المعبر الأمثل عن إرادة الجماعة المتطورة[١٣١١] خلافا للتشريع الذي يصدر بقرار من إحدى سلطات الدولة قد لا يخلو من التحكم[١٣١٢].

(٤) المشرع يسجل القوانين المستقرة في ضمير الجماعة ولا ينشئها ، فيقتصر دور المشرع على رصد تسجيل القوانين التي وجدت في ضمير الجماعة مستقرا لها وسكنا.

(٥) التقنين يعوق التطور لما يخلفه من رهبة في النفوس لضخامة ما بذل في إعداده من جهد.

(٦) المفسر يبحث عن نية المشرع المفترضة ، دون النية الحقيقية، فالتفسير يتم في ظروف مخالفة للظروف التي وضع فيها النص.

ب ــ **نتائج المذهب** : أربعة : يمكن أن نوجز هذه النتائج على النحو الآتي[١٣١٣]:

(١) نبذ اعتبار التشريع إرادة للسلطان يفتح الباب أمام الاستبداد.

(٢) إعادة العرف إلى مركزه كمصدر للقانون.

(٣) تقيد المشرع بعادات الأهل وتقاليدهم ومعتقداتهم عند وضع التشريع أو تغييره[١٣١٤].

(١٣١٠) عرفه ص ١٦٧ وبدير ص ١٨ .

(١٣١١) فرج رقم ٦٥ ص ١١٣ .

(١٣١٢) جمعة ص ٨٨ .

(١٣١٣) كامل رقم ١١٢ ص ٢٩٣ .

(٤) الدعوة إلى الجبرية القدرية مما يقصـــر دور المشـــرع على تسجيل وصد ما يوجد في ضمير الجماعة، فلـــيس للمشرع الحق في تطوير القانون إلا بقدر معدل ترسيبه في الضمير الجماعي، وبديهي أن هذا المعـــدل بطـــئ السرعة.

٢ ــ **تقدير المذهب** : ينسب إلى أصحاب هذا المذهب فضل التنويه بأهميـــة البيئة في تكوين القاعدة القانونية وإن صح ما قيل في شأنها من الكثيرين خصوصا بيرنج في كتابه "الكفاح من أجل القانون" في هذا الصدد، ويحتاج الأمر إلى بعـــض التفصيل:

أ – **المبالغة في كل شيء** : فليس صحيحاً القول بإنكار وجود القانون الطبيعي أو حجب دور الإرادة في تطوير القاعدة القانونية أو دور المشـــرع فـــي عمليـــة التشريع ، وإذا افترضنا صحة ذلك على سبيل الجدل كيف نفسر ما يقدمه له التاريخ من قوانين ثورية معبرة عن إرادة منشئة ومعدلة للقانون ؟ [١٣١٥].

ب – **النيل من استقرار القانون وهيبته** ، وهذا المأخذ نتيجة طبيعيـــة للـــدور الخلاق الذي اعترف به المفسر والذي ترتب على الاعتراف بـــه اخـــتلاف الحـــل القانوني باختلاف القائم بالتفسير .

جـ – **إغفال الحقائق التاريخية** ، فكيف نفسر ما حدث في كثير مـــن الـــدول ومنها مصر من تطبيق لتقنين نابليون عليها وهو تقنين فرنسي الجنســـية رومـــاني النشأة[١٣١٦] رغم اختلاف بيئة النشأة والتطبيق ، فإذا قلنا بنبوع القانون من ضـــمير الأمة عجزنا عن الإجابة عن هذا التساؤل؟ [١٣١٧].

(١٣١٤) مرسي ومصطفى رقم ٢١ ص ٣٢ .

(١٣١٥) جمعة ص ٨٨ .

(١٣١٦) ولم يتنبه سافيني إلى ذلك عندما قال بأن القانون الروماني شريعة نموذجية لكل الشعوب بما فـــي ذلك ألمانيا : مرقس رقم ١٩٠ ص ٥٣٨ .

(١٣١٧) عبد الباقي ص ٦٩ ، وفرج رقم ٦٦ ص ١١٥ والقاضي ص ٦٦ .

د – إهدار دور العقل في تنظيم البيئة الاجتماعية : فقد اعتقد دعاة هذا المذهب أن البيئة تطور المجتمع دون مساهمة العقل وهذا ترتب عليه إغفالهم لدور العقل في تكوين مادة القانون[١٣١٨].

علي أية حال فما يجدر التنويه به هو أن هذا المذهب وإن كان قد نجح في إبراز دور البيئة الاجتماعية في نشأة القانون ، فقد أغفل كونها عنصراً وحيداً ضمن جملة عناصر مسئولة عن هذه النشأة[١٣١٩].

المبحث الثاني
المذهب الماركسي

ينسب هذا المذهب إلى ماركس[١٣٢٠] وصديقه إنجلز[١٣٢١]، وهو ليس مذهباً في بيان أصل القانون فحسب بل هو فلسفة شاملة تسعي لوضع الإنسان في مكانه بالنسبة للعالم وتتنبأ بالتطورات السياسية والأخلاقية والدينية والاقتصادية والاجتماعية[١٣٢٢] وإن كان العنصر الاقتصادي في تكوينها غالباً .

وسنحاول استعراض مضمون هذه النظرية ثم نفسح المجال لتقديرها ، ونؤكد أننا نهدف من وراء هذا الاستعراض إلى تقديم فكرة مبسطة عن نظرية تعتبر من أعقد النظريات في العالم المعاصر .

١ – **مضمون المذهب** : يعتبر صاحبا هذا المذهب أن الوقائع الاقتصادية أساس كل الظواهر التاريخية والاجتماعية وأنها المحددة لها ، ومذهبهما هو مزيج من مذهب هيجل القائم على صراع الأضداد أو النقائض وهو ما يعرف بالجدلية، والمذهب المادي الذي يرد كل شيء إلى المادة وينكر استقلال الروح عن

(١٣١٨) منصور رقم ٩٧ ص ١٧٧ .

(١٣١٩) ومازال ارتباط القانون بالبيئة وارداً حتى الآن : كيره رقم ٦٦ ص ١٣٠ .

(١٣٢٠) اسمه بالكامل Karl Marx وهو فيلسوف اقتصادي ألماني ولد في بلدة Treves سنة ١٨١٨م وتوفي سنة ١٨٨٣م : انظر سابقاً دراستنا للمذهب الاشتراكي ص ٤٣ وما بعدها .

(١٣٢١) اسمه بالكامل Freidrich Engles وهو مفكر اشتراكي ألماني ولد في بلدة Barmen سنة ١٨٣٠م وتوفي سنة ١٨٩٥م (قاموس لاروس ، سابق الإشارة إليه ، ص ١١٩٤) .

(١٣٢٢) سعاد الشرقاوي ، المرجع السابق .

الجسد[١٣٢٣]، ومن الجدلية والمادية تكون مذهب ماركس المعروف باسم المادية الجدلية أو المادية التاريخية[١٣٢٤].

ويمكن تعريف هذا المذهب بأنه مذهب فكري يسعى إلى تفسير قوانين تطور المجتمع تفسيراً مادياً يربط ما بين تطور طرق الإنتاج المادي في المجتمع وتطور المجتمعات عبر التاريخ[١٣٢٥]. وحتى يتضح المعنى نعرض لأسس هذا المذهب ثم لنتائجه بالقدر الذي يعنينا :

أ – أسس المذهب : يقوم مذهب ماركس على الأسس الآتية :

(١) تكوين المجتمع من بنية سفلية (Infrastructure) وبنية علوية (Suprastructure) على النحو الأتي :

القوي الاقتصادية + التكنيك + علاقات الإنتاج = البنية السفلية

القوي السياسية + الأخلاق + القانون + الدين + الفن = البنية العلوية

ويلاحظ أن البنية السفلية تؤثر على البنية العلوية في نظر ماركس وانجلز ، فتؤثر طرق الإنتاج المادي على الحياة بكل صورها . وتستطيع الطبقة المستغلة اقتصادياً أن تغير البيئة العلوية الممثلة لمصالح الطبقة المسيطرة اقتصادياً عن طريق الثورة. وهذا ما يعبر عنه بالارتباط غير القابل للانفصام بين البنيتين[١٣٢٦].

(٢) اعتبار الدولة تنظيماً سياسياً مرتبطاً بالنمو الاقتصادي يمثل الطبقة المسيطرة(Classe dirigeante) اقتصادياً بهدف السيطرة على الطبقات الأخرى (Classe dominées) في المجتمع حفظاً للنظام . ويضيف الماركسيون أن وجود الدولة مرهون بموقف طبقة البروليتاريا (Prolétariat) منها ، فهذه الطبقة

(١٣٢٣) المعجم الفلسفي ، المرجع السابق رقم ٨٤٥ ص ١٦٤ ، ص ٣٣٩ .

(١٣٢٤) المعجم الفلسفي ، المرجع السابق ، رقما ٨٤٦ و٨٤٧ ص ١٦٤ وتسمى أيضا المادية الدياليكتيكية . انظر في اعتبار المادية الدياليكتيكية والمادية التاريخية الأساس النظري الفلسفي العام للماركسية ولاقتصادها السياسي وشيوعيتها العلمية واستراتيجية وتكتيك الأحزاب الماركسية : المادية الدياليكتيكية ، تعريب الأساتذة فؤاد مرعي وعدنان جاموس والدكتور بدر الدين السباعي ، دار الجماهير/ سوريا (بدون تاريخ نشر) ص ١ وما بعدها .

(١٣٢٥) أميرة مطر ، المرجع السابق ص ص١٦٨ : ١٧٠ .

(١٣٢٦) ف . ج أفانا سييف ، أصول الفلسفة الماركسية ، ترجمة عربية للأستاذ حمدي عبد الجواد ، دار الثقافة الحديثة/القاهرة، الطبعة الأولي سنة ١٩٧٥ ، ص ٢٠٠ .

تملك الثورة (وهذا هو رأي اتباع لينين وستالين) أو ترقب التطور (وهذا هو رأي الاشتراكيين الغربيين) [١٣٢٧]. ومع حدوث الثورة أو التطور[١٣٢٨] تصل البروليتاريا المستغلة إلى تولي موقع الدولة البرجوازية (Société bourgeoise) وتلغي الملكية الفردية لتتحقق بذلك المرحلة الأدنى للشيوعية . وفي حالة الشيوعية العليا تختفي الدولة تدريجياً ويكافأ الإنسان أيا كان نوع عمله بقدر حاجاته وليس بحجم إنتاجه فيصبح المجتمع كله طبقة واحدة[١٣٢٩].

(٣) النظر إلى القانون على أنه أداة من أدوات السياسة تفرض به الدولة ظلماً سيطرتها على الطبقات الأولي منها اقتصادياً ، ومن ثم فوجوده مرتبط بوجود الدولة الظالمة المستغلة[١٣٣٠]. فينشأ ويبدأ في الزوال معها في مرحلة الشيوعية الأدنى والعليا ، ولا ينكر ماركس دور القانون في التمكين لمجتمع الاشتراكية السابق على تكون المجتمع الشيوعي[١٣٣١].

ب – **نتائج المذهب** : ينتج عن مذهب ماركس عدة نتائج مهمة ما يعنينا منها هو هاتين النتيجتين :

(١٣٢٧) "... لا تري الاشتراكيات الحديثة ما تراه الماركسية من ضرورة سيطرة طبقة واحدة بل قد تري إمكانية التحول الاشتراكي بتحالف طبقات المجتمع" : أميرة مطر ص ١٧٧ .

(١٣٢٨) فيلاحظ أن كون الثورة الاشتراكية تقع في بلدان مختلفة في أوقات مختلفة وتحت ظروف مختلفة يجعل من المكن أن تأخذ شكل هبة مسلحة ، وأن تتم بوسائل سلمية : انظر أ . ب شيبتولين ، الفلسفة الماركسية اللينينية ، ترجمة الأستاذ لويس إسكاروس ، دار الثقافة الجديدة القاهرة سنة ١٩٨١ .

(١٣٢٩) كتب ماركس في مقدمة كتابه نقد الاقتصاد السياسي سنة ١٨٥٩ (انظر أميرة مطر ص ص ١٧١:١٧٢) "أن أبحاثه انتهت إلى أن العلاقات القانونية وأشكال الدولة لا يمكن أن تفهم بالنظر إليها في حد ذاتها ولا من خلال تطور الفكر البشري ، وتطور التاريخ يبين لنا كيف أن قوي الإنتاج المادي كانت دائمًا في القوي الدافعة إلى تطور شكل المجتمعات فقد كان أول تنظيم اجتماعي هو المجتمع الشيوعي البدائي .. ثم تحول إلى المجتمع العبودي .. ثم إلى المجتمع الإقطاعي .. وأدي التقدم الفني والعلمي والثورة الصناعية إلى نشأة النظام الرأسمالي غير أن زيادة استقلال الطبقة العاملة سينتهي إلى الثورة الاشتراكية التي ستنتهي إلى المجتمع الشيوعي" .

(١٣٣٠) وقد كتب روجيه جارودي (وهو الذي أسلم عقب ذلك وأسمي نفسه رجاء جارودي وكان قبل ذلك يهوديا وتنصر) ما هو قريب من ذلك بالنسبة للدين ، فموقف ماركس وانجلز من الدين هو اعتباره خديعة اصطنعها المستبدون أو "وهم" ولده الجهل وهي في وقت واحد : انعكاس لشقاء فعلي واحتجاج على هذا الشقاء (ماركسية القرن العشرين ، ترجمة عربية للأستاذ نزار الحكيم ، دار الآداب/ بيروت ، الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٢ ص ١٤٥) .

(١٣٣١) أفانا سييف ، المرجع السابق ، ص ١٣٣ .

(١) إلغاء الدولية بوصفها تنظيماً استغلالياً يعمل على تحقيق مصالح طبقة على حساب طبقات أخرى ، وبإلغائها يلغي القانون أيضاً كأداة للظلم والتمكين لمصالح الطبقة الحاكمة . وهذه نتيجة حتمية لدى الماركسين على أساس أن الدولة نتاج للمجتمع الطبقي تنشأ بنشأته وتندثر باندثاره . وبالانتصار الكامل للشيوعية لن تكون للدولة هناك حاجة للقانون ، فتصبح الحقوق والواجبات مندمجة معاً قواعداً لطريقة الحياة الشيوعية .

وقد نوه أصحاب المذهب الماركسي بأمرين على جانب كبير من الأهمية وهما:

الأول : أن إلغاء الدولة لن يتم إلا بشكل تدريجي طويل قد يستغرق عصراً تاريخياً بكامله ، فهو لن يتم أبداً كسقوط أوراق الشجر في الخريف[١٣٣٢]. ويرجع ذلك إلى ضرورة اعتياد الناس مراعاة القواعد الأساسية للمجتمع وعملهم طوعاً حسب طاقاتهم بغض النظر عن حاجاتهم .

الثاني : أن إلغاء القانون ليس معناه غيبة القواعد المنظمة للسلوك بل ستوجد هذه القواعد وتتشكل من قواعد المستقبل على بعض القواعد التي تحكم المنظمات والمؤسسات والمشروعات وتنظيمات الدولة في الوقت الراهن[١٣٣٣].

وما هذا إلا نتيجة منطقية لعدم إمكان تصور وجود مجتمع بغير قواعد اجتماعية ظاهرة ومحددة منظمة للسلوك داخل المجتمع[١٣٣٤].

(٢) نبذ التفرقة بين القانون العام والخاص استناداً إلى الربط بين القانون والدولة والنظر إليه كوحدة واحدة عاكسة للواقع الاقتصادي القائم على أيدلوجية غير قابلة للتجزئة .

ج – **تقدير المذهب** : يؤخذ على المذهب الماركسي عدة مآخذ يعنينا منها ما يتعلق بنظرة ماركس إلى القانون ، وهذه المآخذ هي :

(١٣٣٢) ف – أفاناسييف ، أسس الفلسفة الماركسية ، ترجمة الأستاذ عبد الرازق الصافي إعداد الطريق الجديد/ بغداد دار الفارابى/ بيروت ومكتبة النهضة/ بغداد (بدون تاريخ) ص ٢٧٨.

(١٣٣٣) القانون والاشتراكية ترجمة الأستاذ هنري رياض ، دار مكتبة الجيل/ لبنان(بدون تاريخ) ، ص ص ٢٠ : ٢١.

(١٣٣٤) وإذا حدث تصادم بين الأفراد سيتوقف مباشرة دون تدخل الدولة لوجدانهم المثالي وللخيرات الموجودة فيهم : المرجع المشار إليه في الهامش السابق ، ص ١٩٠ .

(١) العجز عن تبرير وجود القانون في شكل عرف قبل نشأة الدولة بمعناها المعروف ، بل إن في وجود القواعد الدينية قبل نشأة الدولة ما يؤكد هذا المأخذ أيضاً .

(٢) الإفراط في المثالية والتفاؤل في أن يصبح مبدأ الكل يكافئ بقدر حاجاته وليس بقدر إنتاجه في مرحلة الشيوعية العليا قانوناً للمجتمع بأسره رغم معارضة ذلك لطبيعة النفس البشرية الأمارة بالسوء والمشبعة بحب التملك[١٣٣٥].

(٣) تصوير الدولة على أنها تنظيماً سياسياً يسعى إلى تمكين فئة من التسلط على فئات أخرى دون النظر إلى الوظائف الاجتماعية للدولة المتمثلة في خدمات الصحة والتعليم والعدالة.

(٤) إقامة البنية السفلية للمجتمع على أساس اقتصادي بحت[١٣٣٦] رغم الدور الحيوي للدين[١٣٣٧] في إعادة تربية الإنسان وتجريده من نوازع الأنانية والاستغلال[١٣٣٨].

نخلص من ذلك كله إلى أن ما زعمه لينين من أن "نظرية ماركس أقوي من كل شئ لأنها صحيحة"[١٣٣٩] هو أمر غير مقبول ، فالحق أنها نظرية خيالية إلحادية سهلة التصور صعبة التحقيق[١٣٤٠]. ولعل في البيرويسترويكا (إعادة البناء) التي بدأ تطبيقها في روسيا الاتحادية وباقي دول الكومنولث والتي ترتب على تبني الرئيس

(١٣٣٥) شنب رقم ٥ ص ص١٠:١١ وانظر كتاب كارل ماركس ، رأس المال ، ترجمة د. راشد الراوي ، الناشر النهضة المصرية ، الطبعة الثالثة سنة ١٩٩٠ .

(١٣٣٦) شنب رقم ٥ ص ص١٠ : ١١ انظر في نقد الأساس الاقتصادي للماركسية : أميرة مطر ص ١٨٠ وما بعدها .

(١٣٣٧) يؤكد الماركسيون في كتاباتهم على أن الخلق الديني وتبشيره بعدم مقاومة الشر يبلد الشعور الطبقي لدى المؤمنين ويعمي يقظتهم مما يجعل التربية العلمية الإلحادية "جزء مكون" من التربية الشيوعية: ف . أفانا سييف ، أسس الفلسفة الماركسية ، سابق الإشارة إليه ، ص ٣٣١ .

(١٣٣٨) ويعول على التربية الإلحادية في إزالة البقايا الدينية تدريجياً : أفانا سييف ، المرجع المشار إليه في الهامش السابق ، ص ٢٣١ .

(١٣٣٩) انظر المادية الديالكتيكية ، سابق الإشارة إليه ، ص ٧٣ .

(١٣٤٠) لا يمكن التسليم برفض فهم الواقع انتظاراً لتحقيق تنبؤات خيالية غير مفهومة زادت الدولة سلطة وعنفواناً وزادت سلطة الأفراد قوة وتركيزاً (تناغو رقم ٤٤ ص ١٢٣) فهي نظرية تتكر العقل الخالص وتحل محله عقل ماركس القادر وحده على قيادة الإنسانية (تناغو رقم ٧٣ ص ٢٢٣) .

السوفيتي السابق ميخائيل جورباتشوف لها إعادة النظر في اغلب الأفكار الماركسية، لا سيما الاقتصادية[١٣٤١] منها ، خير دليل على صدق ما انتهينا إليه[١٣٤٢].

(١٣٤١) من المؤكد أن الدول الشيوعية تأخذ بفكرة الدولة الغنية والشعب الفقير وهو أمر يصعب سكوت الشعب عليه لمدة طويلة وهذا الذي حدث في أوروبا الشرقية من انهيار للنظام الشيوعي في الاتحاد السوفيتي وألمانيا الشرقية ورومانيا ويوغوسلافيا وألبانيا وبلغاريا خير دليل على صحة ذلك . وليس من شك في أن فشل ثورة الطلاب في الصين ليس إلا وقتيا فلا نعتقد أن الصين ستتخلف عن ركب التطور الحالي الرافض للأفكار الشيوعية وممارسات الحكام الشيوعيين. وجدير بالذكر أن الانقلاب الذي حدث في الاتحاد السوفيتي في يوم الاثنين الموافق ١٩ من أغسطس/آب سنة ١٩٩١ والذي انتهي بإعادة السيطرة على الموقف في يوم الأربعاء الموافق ٢١ من أغسطس/آب سنة ١٩٩١ يدل دلالة قاطعة على أن شعب الاتحاد السوفيتي زاهد في النظرية الشيوعية وراغب في تأييد من يثور عليها .

(١٣٤٢) وجدير بالذكر أن ما كان يراه جورباتشوف من الأخذ بسياسة الجلاسنوست (المصارحة) والبيروسترويكا (إعادة البناء) لم يشكل في رأيه تحولاً حقيقياً في النظرية الماركسية بل هو بالأحرى تحولاً في وسائل الوصول إلى التطبيق الأمثل لها . وهذا ما أكد عليه الأستاذ الدكتور حازم الببلاوي في تقديمه للترجمة العربية لمؤلف ميخائيل جورباتشوف البيروسترويكا (ترجمة عربية من النص الإنجليزي للأستاذ حمدي عبد الجواد ، مراجعة الأستاذ محمد المعلم ، دار الشروق/ القاهرة/ بيروت ، ١٩٨٨) بقوله إن جورباتشوف يعرض في كتابه هذا برنامجاً للعمل أو بعبارة أدق برنامجاً لإعادة التفكير السياسي مع إيمانه الكامل بالاشتراكية ومستقبلها والحاجة إلى تطويرها (ص٢٠ من المقدمة) وهذا هو المفهوم من قول جورباتشوف نفسه » لقد كان الدافع إلى البيروسترويكا بدرجة كبيرة بالطبع هو عدم رضانا عن الطريقة التي كانت تسير بها الأمور في بلادنا في السنوات الأخيرة ، ولكن دفع إليها لدرجة كبيرة الوعي بأن طاقة الاشتراكية الكامنة لم يستفد منها كما يجب ، ونحن ندرك ذلك بوضوح خاصة الآن في أيام الذكري السبعين لثورتنا . إن لدينا أساساً مادياً سليماً ، وثروة من الخبرات ، ونظرة عالمية عريضة نستطيع أن نحسن بها مجتمعنا بشكل هادف ومستمر ، ساعين إلى كسب عائدات متزايدة دوماً من حيث الكم والكيف – في كل أوجه نشاطنا (البيروسترويكا ص ٧) . ولم ينكر جورباتشوف أنه "سوف تلحق أضرار مباشرة بهيبة الاشتراكية وإمكانياتها إذا ما تشبثنا بأشكال التعاون القديمة أو حصرنا أنفسنا فيها" بل إنه أضاف صراحة "إن البيروسترويكا ليست إلا محاولة لتحل اشتراكية جديدة محل الاشتراكية الحالية على أن يكون ذلك من ناحية الشكل فقط دون المضمون" (البيروسترويكا ص ١٩٧) وبرر صراحة محاولته إعادة البناء بأن "العالم كله الآن يحتاج إلى إعادة بناء ، أي إلى تطور تقدمي وتغيير جوهري" (البيروسترويكا ص ٣١٠) ونوه بأن العلاقات بين قادة البلدان الشقيقة أصبحت منذ أواخر السبعينات تتجه إلى الاستعراض منها إلى العمل الجاد فقلت الثقة وأصبحت أشبه ما تكون بأداء مهمة (البيروسترويكا ص ١٩٧) . خلاصة القول أن جورباتشوف يرى أن العيب كل العيب في العالم المعاصر يكمن في دول العالم كلها ، وأن إعادة البناء الداخلية وإعادة صياغة العلاقات الخارجية تشكلان ضرورة ملحة للجميع وليس لبلاده وحدها . قد سبق أن قلنا في الطبعة

الثانية من هذا الكتاب "أن هذا في رأينا صحيح إلى حد بعيد وإن كنا نتحفظ على ما يردده من إمكان إقامة مجتمع اشتراكي على أساس رأسمالي ، فلا يعترف القائمون على الأمور في الاتحاد السوفيتي بفشل النظرية الماركسية حتى لا يخسرون أنصار التشدد ولا يجاهرون بتخليهم عن النظرية الماركسية حتى لا يتحول عنهم دعاة الاعتدال . ولعل في الانقلاب الأخير الذي حدث في الاتحاد السوفيتى(نظر الهامش السابق) درساً لجورباتشوف نفسه حتى يصارح الجميع بما يبطن الجميع من انقلاب على الشيوعية الماركسية وانتصار لنظام الاقتصاد الحر والديمقراطية" وفي هذه الطبعة نؤكد على أن وصول بوريس يلتسين إلى السلطة خلفاً لجورباتشوف وتحلل الاتحاد السوفيتي يعد أكبر دليل على أفول النظرية الماركسية بشقيها الاقتصادي والقانوني إلى غير رجعة . ولا نستبعد إطلاقاً ظهور "رموز جديدة " في وقت قريب ، لا تحمل أوزار ما وقع من مجازر وتصادمات في عهد يلتسين ، وتأخذ على عاتقها مهمة التغيير نحو اقتصاد حر في بيئة ديمقراطية .

المبحث الثالث
مذهب التضامن الاجتماعي

ينسب هذا المذهب إلى أوجست كونت الفليسوف الفرنسي الشهير[١٣٤٣] صاحب الفلسفة الوضعية القائمة على المشاهدة والاختيار ، أما صياغة المذهب في عالم القانون فتنسب إلى العميد ليون ديجي العميد الأسبق لكليتي حقوق بورود الفرنسية والقاهرة[١٣٤٤]. ونعرض هنا لمضمون هذا المبدأ ثم لتقديره حتى نستطيع أن نتخذ منه موقفاً قاطعاً[١٣٤٥].

١ - **مضمون المذهب** : يقول ديجي بوجود تضامن بين أفراد المجتمع جميعاً ، وقد يكون هذا التضامن تضامن تشابه (Solidarité par similitude) بمعنى أن يكون للناس حاجات متماثلة توجد عند البعض الآخر وتضامن بتقسيم العمل (Solidarité par division du travail) بمعنى أن كل إنسان يقوم بالدور الاجتماعي المتفق مع ملكاته وقدراته ، هذا التضامن الاجتماعي تنظمه قواعد سلوك تختلف باختلاف صور التضامن من وقت إلى آخر ومن مكان إلى آخر .

خلاصة القول أن حرية الأفراد تمتد إلى الحد الذي لا يخل بالتضامن الاجتماعي[١٣٤٦].

وندرس في هذا المقام أسس هذا المذهب ونتائجه على التفصيل الآتي :

أ - **أسس المذهب** : وضع ديجي كل ما سبقه من مذاهب في بيان أصل القانون على بساط البحث ، فأعمل النظرية الفلسفية الوضعية للوصول إلى نصيب

(١٣٤٣) ولد Auguste CONTE في مدينة Montpellier سنة ١٧٩٨م وتوفي سنة ١٨٥٧ م وهو فليسوف شهير وأحد مؤسسي علم الاجتماع : (قاموس لاروس ، المرجع السابق ، ص ١١٤٥) .

(١٣٤٤) فقيه فرنسي شهير اسمه بالكامل Léon Duguit ولد ببلدة Libaure سنة ١٨٥٩م وتوفي سنة ١٩٢٨م (قاموس لاروس ص ١١٨٢) .

(١٣٤٥) انظر دراستنا اللاحقة لمذهبه في الكتاب الثاني من هذا الكتاب : نظرية الحق .

(١٣٤٦) القاضي ص ص ٥٢ : ٥٤ .

كل منهما من الصحة ، ومن واقع المشاهدة والاختبار لها قرر استبعاد كل ما لم يقم لديه الدليل العلمي على صحته(١٣٤٧)، وانتهي إلى وضع أسس مذهبه التالية :

(١) إنكار وجود الحقوق الطبيعية التي ثبتت للشخص بالميلاد والاستعاضة عنها بفكرة المراكز القانونية المتبادلة ، فالحق في نظره مركز قانوني سلبي أو إيجابي : وهو سلبي إذا كان مركزاً يتمتع المكلفون به بأداء شئ ما (عمل أو امتناع عن عمل أو إعطاء شئ) وهو إيجابي إذا كان مركزاً يوجد فيه المستفيدون من النص القانوني الذي يفرض لصالحهم على عاتق الغير القيام بعمل أو بامتناع عن عمل . وينتهي ديجي إلى القول بأن الناس يتبادلون هذه المراكز بحكم تواجدهم في مجتمع منظم .

(٢) إنكار فكرة شخصية القانونية ، ويرتب على ذلك أن الدولة لا تتمتع بهذه الشخصية وأنها مجرد مجتمع من الأفراد بعضهم حاكم والبعض الآخر محكوم ، فالدولة حقيقة اجتماعية تقوم على التضامن الاجتماعي .

(٣) اعتبار الحق وظيفة اجتماعية يؤديها صاحبها تحقيقاً للتضامن الاجتماعي ، وأن الطبقة الحاكمة تعبر عن هذا التضامن بوضع قواعد قانونية مصحوبة بجزاءات على المخالف ، وتلزم هذه الجزاءات الفرد والمجتمع في آن واحد .

(٤) إقامة المساواة بين الأفراد على أساس التضامن الاجتماعي ، وهذا مفاده أن المساواة بينهم حسابية فحسب نظراً لاختلاف ملكات وقدرات كل فرد من أفراد المجتمع عن الآخر .وفي هذا خروج عن فكر المذهب الاشتراكي الذي يقرب الفروق بين الطبقات بطريقة تكاد تكون حسابية(١٣٤٨) .

ب – **نتائج المذهب** : يمكن إيجاز هذه النتائج على النحو الآتي :(١٣٤٩)

(١) بناء القانون على التضامن دون التنازع ، فالتضامن هو أساس التزام الناس بالقانون وهدف الحاكم من وضعه .

(١٣٤٧) فيعبر اوجست كونت عن رأيه في جعل النضوج الفكري مؤديا إلى الأسلوب المادي بقوله : " كلا منا رجل دين في طفولته ثم فيلسوف في شبابه ثم مادي في شيخوخته" : جمعة ص ٩٥ .

(١٣٤٨) القاضي ص ٥٦ .

(١٣٤٩) إذا أراد ديجي القول بأن القانون يجب أن يبني على التضامن دون التنازع يكون بذلك انتقل من دائرة الواقع إلى دائرة الواجب أي دائرة الميتافيسيكا : السنهوري وأبو ستيت رقم ٥٢ ص ٧٠ .

(٢) تقييد سلطة الحاكم في التشريع بتحقيق التضامن الاجتماعي ، وهذا يعنـــي نبذ فكرة الحاكم المستبد وتخويل الأفراد حق الخروج عليه إذا انحرف عن تحقيـــق ذلك.

(٣) تجريد الدولة من الشخصية القانونية واعتبارها حقيقة اجتماعيـــة كنتيجـــة منطقية لما يقول به من مساواة بين الفرد والدولة بحيث لا يكون لأيهما سيادة على الآخر .

يجعل التضامن من المجموع لخير المجموع دون أن يحـــرم الفـــرد ثمـــار عمله[١٣٥٠].

٢ – تقدير المذهب : ينسب إلى (ديجى) فضل السبق إلـــى اســـتخدام المـــنهج التجريبي القائم على المشاهدة والتجربة في مجال العلم ، وإن كان هذا الأمر معيب لصلاحية هذا المنهاج بالنسبة للعلوم الطبيعية دون العلوم التنظيمية المتغيرة الغايات بتغير الزمان والمكان ، ويمكن أن نوجز نقاط ضعف مذهبه على النحو الآتي :

(أ) الربط بين وجود التضامن الاجتماعي وواجب الناس بالتصرف وفقاً لشكل معين دون دليل علمي ، فكيف نتصور أن ينشأ هذا الواجب من مجرد العلم بـــأمر معين دون معرفة مصدره .

(ب) عدم تقدير التنازع بين الناس حق قدره ، فإذا كان القـــانون ينبنـــي علـــى التضامن دون التنازع فما هو الدليل العملي على ذلك[١٣٥١] ؟

(جـــ) العجز عن تبرير وجود تشريعات قائمة على العدل كأساس للقانون فـــي النهاية .

(د) استبدال كلمة التضامن بكلمة العدل التي تشـــكل جـــوهر فكـــرة القـــانون الطبيعي، فإذا كان العدل هو المقصود فما هي الحاجة إلى تبنـــي مصـــطلح جديـــد للتعبير عن فكرة موجودة ؟ ويؤيد هذا النقد موافقة ديجـــي علـــى جعـــل الشـــعور بالعدل[١٣٥٢] أساساً لبعض التشريعات .

(١٣٥٠) القاضي ص ٥٦ .

(١٣٥١) عبد الباقي ص ٧٣ .

(١٣٥٢) انظر في عدم مرونة وتذبذب معيار الضمير : عرفة ص ٥٢ .

(هــ) إغفال عنصر الصياغة اللازم لبلورة القاعدة القانونية ، فلا يمكن القول بأن القاعدة القانونية تبرز من التضامن الاجتماعي من تلقاء نفسها[١٣٥٣].

(و) عدم التنبه إلى أن الإجماع ليس وحده بكاف لتبرير شريعة نظام قانوني ، فالتضامن منه الصالح ومنه غير الصالح[١٣٥٤]. فقد أجمع الناس قديماً بوجــه عــام على حل الرق وهناك جماعات يُحل أعضاؤها تعاطي المخدرات ولم يقل أحد بأن الرق وتعاطي المخدرات في هذه الظروف يضحي مشروعاً ! فالتضامن كما قيــل بحق[١٣٥٥] لا يصلح مصدراً للأفكار الجوهرية في القانون إلا بإعطائه قيمة معينــة بالقياس على مثل أعلى يستخلصه العقل .

علي أية حال فنحن مع من يرى في مذهب ديجي زعزعة لاعتقاد سائد بــأن القانون مجرد عمل عقلي بحت وتسليطا للأضواء على الحقائق الواقعية المســتمدة من الحياة الاجتماعية وأثرها في تكوين القانون[١٣٥٦] وأنه ليست له إلا قيمة فقهيــة صرفة[١٣٥٧].

المبحث الرابع

مذهب القانون الطبيعي[١٣٥٨]

يعبر هذا المذهب عن المذاهب المثالية التي يعدها الــبعض أصــل القــوانين الوضعية ، وندرس هنا هذا المذهب الذي ولد على يد أعظم الفلاســفة فــي كــل العصور وهو أرسطو[١٣٥٩] التلميذ النجيب لأفلاطون[١٣٦٠] وهو صــاحب مدرســة

(١٣٥٣) القاضي ص ٥٧ .

(١٣٥٤) كيره رقم ٦٩ ص ١٠٤ ، وفرج رقم ٧٠ ص ١٢٣ ، ومنصور رقم ٩٩ ص ١٨٢ والزيــات ص٢٧.

(١٣٥٥) منصور رقم ٩٩ ص ١٨٣.

(١٣٥٦) كيره رقم ٦٩ ص ١٣٩.

(١٣٥٧) الوكيل رقم ١٧٨ ص ٢٨٨.

(١٣٥٨) انظر في التسميات المختلفة للقانون الوضعي : فرج رقم ٥٣ ص ٩٤ هامش رقم (١).

(١٣٥٩) فليسوف أغريقي عاش بين ٣٨٤ : ٣٢٢ قبل الميلاد : قاموس لاروس، سابق الإشارة إليــــه، ص ١٠٣٥

(١٣٦٠) فليسوف إغريقي عاش بين ٤٢٨: ٣٤٧ قبل الميلاد : قاموس لاروس ، سابق الإشارة إليــــه ، ص ١٤٨٧.

فلسفية شهيرة ضمنها كتابه الأشهر السياسة[١٣٦١]. وسنحاول أن نتتبع فكرة القانون الطبيعي في العصور المختلفة وذلك في إطار عرضنا لمضمون هذا المــذهب ثــم نعكف على تقديره في النهاية .

١ – **مضمون المذهب** : يمكن تعريف القانون الطبيعي بأنه القانون العقلي أي القانون الذي يكشف عنه العقل والمتضمن للمثل والقيم العليا المتصفة بالعــدل[١٣٦٢] والتي يسعى إليها مشرعو القانون الوضعي وينسجون على منوالها[١٣٦٣].

فيعد بذلك القانون الطبيعي قانوناً سرمدياً يكمن في طبيعة الروابط الاجتماعية ، فكما أن الظواهر الطبيعية تتحكم فيها قوانين ثابتة فإن الروابط الاجتماعية يحكمها قانون ثابت يكشف عن وجود العقل[١٣٦٤] دون أن تراه الأعين . هذا القانون الأخير يعد مقياساً تتحدد عن طريقه درجة كمال التشريع الوضعي .

ونحاول أن نتتبع مفهوم القانون الطبيعي عبر التاريخ لنحيط بأحكامه ، فقد كان فلسفة عند اليونان فصار قانوناً عند الرومان ورأيناه ينقلب دينــاً فــي العصــور الوسطي ثم سياسة في العصور الحديثة[١٣٦٥].

أ – **القانون الطبيعي لدى الإغريق** : عرف أرسطو القــانون الطبيعــي بأنــه مرادف للعدل وأنه نموذج أمثل للقانون الوضعي ، فمشرع الأخيــر يســعى إلــى الاقتراب من هذا النموذج تحقيقاً للعدل الذي يضمن سعادة الناس جميعــاً . وهــذا التعريف يعكس تأثر أرسطو بأفكار أستاذه أفلاطون الذي كان يؤكد علــى وجــود قانون أبدي غير مكتوب يحكم العالم الاجتماعي .

(١٣٦١) انظر في عرض ذلك أميرة مطر ص ٤١ وما بعدها. ويرجع الفضل إلى Ciceron (١٠٦-٤٣ قبل الميلاد) في نقــل أفكــار أفلاطــون وأرســطو إلــى القــانون الرومــاني : GHESTIN، GOUBEAUX ET FABRE-MANGAN، Introduction Générale..، op.cit.، No. 10p.9.

(١٣٦٢) تناغو رقم ٤٧ ص ١٣٠ وما بعدها وكذلك : عرفة ص ٢٣ وما بعدها وحجازي رقم ١٢٣ ص ١٨٣ والقاضي ص ٤١ وما بعدها.

(١٣٦٣) صفوت ص ٥٥.

(١٣٦٤) يحيي ص ٢٣٥ المقصود بذلك العقل الصحيح الذي لا يخطئ : مرسي ومصطفى رقم ٤٦ ص ٤٩ وكامل رقم ١٠٢ ص ٢٧٧.

(١٣٦٥) السنهوري وأبو ستيت رقم ٤٢ ص ٤٦.

ويلاحظ أن اتفاق الإغريق على وجود القانون الطبيعي لم يعكس أبداً اتفـــاقهم على مصدره ، فقد اختلفوا فيما إذا كان مصدره الإله أم الطبيعة أم العقل .

ومع ذلك فقد ظل القانون الطبيعي لديهم مقياساً يقيسون به درجة كمال القانون الوضعي ، فكلما اتفق القانون الوضعي مع القانون الطبيعي كلما زاد كماله ، وكلما بعد القانون الوضعي عن القانون الطبيعي نقص هذا الكمال(١٣٦٦).

ب – القانون الطبيعي لدى الرومان : كان القانون الطبيعـــي لـــدى الرومـــان مطابقاً لفكرة الإغريق عنه ، فقد عرف الرومان نوعين من القـــوانين كمـــا ســـبق القول(١٣٦٧) وهما القانون المدني (Jus Civile) وقـــانون الشـــعوب (Jus gentium) : وكان القانون المدني قانوناً شكلياً مكوناً من العادات القديمة مقصوراً بطبيعته على الرومان فقط ، أما قانون الشعوب فقد كان عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية المتفقة مع العقل والصالحة لكل زمان ومكان والمطبقة على الأمور مثل الرق حيث كان يعتبره قانون الشعوب مشروعاً رغم معارضته للقانون الطبيعي الذي ينـــادي بحرية الناس جميعاً منذ الميلاد(١٣٦٨).

خلاصة القول أن قـــانون الشعوب كان يعد أقرب القوانين إلى القانون الطبيعي (Jus natural) باعتباره معبراً عن القواعد العامة التي تخضع لها الكائنـــات الحيـــة جميعها بغير تمييز بين إنسان وحيوان(١٣٦٩).

جـــ– القانون الطبيعي لدى الكنسيين(١٣٧٠): كان هؤلاء يؤمنون في العصـــور الوسطي بأن مصدر القانون الطبيعي إلهي ، وظل الحال كذلك حتى نهاية القـــرن الرابـــع الميلادي ، وفي القـــرن الثالث عشر ظهرت التفرقة بين القانون الإلهي (Lex naturalis) والقانون الإنساني (Lex Humana): فالأول مصدره الله تعـــالى ،

(١٣٦٦) منصور رقم ٨٨ ص ١٦٤ وعبد الباقي ص ٤٨.

(١٣٦٧) انظر سابقا دراستنا لهذا الموضوع ص ٢٣٤ وما بعدها.

(١٣٦٨) يحيي ص ٢٣٦.

(١٣٦٩) ويجب عدم الخلط بين قانون الشعوب والقانون الطبيعي ، فالأول فكرة رومانية والثاني فكـــرة مصدرها الفلسفة اليونانية: فرج رقم ٥٥ ص ٩٧.

(١٣٧٠) زكي رقم ٢١ ص ٥٢ وجمعه ص ٩٨.

والثاني مصدره العقل ، أما الثالث فمصدره الإنسان[١٣٧١]، ويرتبون على ذلـك أن القانون الطبيعي يمثل غاية ما يدركه العقل من القانون الإلهي أو نموذجاً لما يجب أن يكون عليه القانون الإنساني[١٣٧٢]. وأضاف الكنسـيون أن القـانون الطبيعـي يتضمن من القواعد : قواعد أولية يدركها عقل كل إنسـان دون جهـد أو مشـقة، وقواعد عملية تمثل تطبيقات للنوع الأول علمها مقصور على الصفـوة ، وهم بذلك يفرقـون بين قانون طبيعي أولي (من النوع الأول) وقانون طبيعـي تفصـيلي أو ثانوي (وهو النوع الثاني).

ويجدر التنويه في مقام الحديث عن القانون الطبيعي لـدى الكنسـيين بـأعظم فلاسفة الكنيسة على الإطلاق وهو القديس توماس الأكوينى[١٣٧٣] الذي كان له فضل بلورة فكرة القانون الطبيعي وردها إلى الإله بدلاً من العقل[١٣٧٤]. كما أن التنويـه واجب أيضا برجال الكنيسـة الأسـبانية لاسيمـا دي فيتوريـا (Vittoria Do) وسيواريز (Suarez) وفاسكيز (Vasquez) وسوتو (Soto) الذين زادوا على هـذه الفكرة وطوروها مستغلين قسوة معاملة المستعمر للهنود الحمر في أمريكـا(١٣٧٥). فبفضل هؤلاء جميعاً برز مذهب القانون الطبيعي وظهرت فكرة العقد الاجتمـاعي الذي ينقل الإنسان من عهد الفطرة إلى عهد النظام[١٣٧٦].

(١٣٧١) وكان فقهاء الكنيسة يعرفون أن المواطن لا يستطيع عدم احترام القـانون البشـري المخـالف للقانون الطبيعي حتى لا تشيع الفوضى في المجتمع، أما إذا خالفت القانون الطبيعي القانون الإلهي فإن للأفراد الخروج على القانون الوضعي وعصيانه، وحكمة ذلك أن القانون الوضعي بذلك يكون قد خالف العقيدة الدينية (خضر رقم ٩٧ ص ١٧٧) وفي هذا خروج على مبدأ تقليدي كان سـائدًا لديهم وهو "اعط ما لقيصر لقيصر وما لله لله" وإخضاع السلطان المدني للسلطان الديني (كيره رقم ٥٤ ص ١٠٣).

(١٣٧٢) فرج رقم ٥٦ ص ٩٧.

(١٣٧٣) ولد Thomas d Aquin سنة ١٢٢٧ م توفي سنـة ١٢٧٤م : Dictionnaire Pratique 1968 p. 2186.،Quillet Librairie Aritiside Quillet/France

(١٣٧٤) توماس الأكويني هو الفيلسوف الذي عقد الصلح بين الفكر المسيحي والفكر الأرسطي (تنـاغو رقم ٥٠ ص ١٣٨) لأنه اعتبر القانون الطبيعي انعكاساً للفكر الإلهي ونادي بأن المثل الأعلى للفرد والجماعة يتحقق في فكرة الخبر المشترك (الوكيل رقم ١٧١ ص ٢٧٩).

(١٣٧٥) القاضي ص ٤٦ حيث يشير سيادته إلى ما قال به البعض مهاجمًا فكرة القانون الطبيعي بقولـه إن كان قانون هو قانون وضعي لأنه ناشئ عن إرادة وإن كل إرادة قابلة للتحويل ولو كـان إرادة الله سبحانه وتعالى فكان صاحب هذا الرأي المشار إليه ينكر وجود قواعد ثابتة مستمدة من طبيعـة البشر.

(١٣٧٦) منصور رقم ٩٠ ص ١٦١.

و- **القانون الطبيعي لدى المسلمين**[١٣٧٧]: ميز المسلمون بين الحسن المأمور به والقبيح المنهي عنه استناد إلى طبيعة الأشياء ، وفي حين يقول المعتزلة بأن مصدر هذا التحديد هو العقل فإن الأشعرية يرون أن المصدر ليس سوي الله تعالى لأنه يعرف بالعقل . على أية حال فإن ما يعنينا في هذا المصدر هو أن القانون الطبيعي عرف لدى المعتزلة بأنه القانون العقلي ، وهو تعريف موافق للتعريف الذي انتهي إليه الإغريق والرومان[١٣٧٨].

ونلاحظ أن فكرة القانون الطبيعي هيمنت على فكر المفكرين لمدة طويلة ، هذا ما جعل أبو القانون الدولي Grotius [١٣٧٩] يرى فيها أساساً لقواعد القانون الحاكم للعلاقات بين الدول بوصفها فكرة مرادفة لفكرة العدل والمعقول[١٣٨٠].

وانعكست فكرة القانون الطبيعي على وثيقة إعلان استقلال الولايات المتحدة الأمريكية ووثيقة حقوق الإنسان الفرنسية فأشير فيهما إلى أن الناس يولدون أحراراً ومستقلين ، وكادت هذه الفكرة تجد طريقها إلى تقنين نابليون في مادته الأولي قبل حذفها لولا تدخل يد الحذف ، وهو ما برره المشرع بأنه لا يريد أن تعد الإشارة إلى أن اعتبار حقوق الإنسان حقوقاً طبيعية بمثابة اعتناق لمذهب فلسفي لا يتلاءم مع طبيعة النصوص التشريعية[١٣٨١].

(١٣٧٧) انظر في تفصيل ذلك: السنهوري وأبو ستيت رقم ٣٥ ص ٤٧ وما بعدهما والقاضي ص ٤٤ هامش رقم ٧ ص ٤٥.

(١٣٧٨) ونلاحظ أن "الاستحسان" المعروف في الشريعة الإسلامية يوصل إلى فكرة القانون الطبيعي أيضًا: بدير ص ١١٠.

(١٣٧٩) وهو فقيه ودبلوماسي هولندي يدعي Hugo De Groot ولد في مدينة Delft سنة ١٥٨٣ م توفي سنة ١٦٤٥م (قاموس لاروس، سابق الإشارة إليه ص ١٢٦٤) وقد ضمن أفكار كتابه الشهيرة قانون الحروب والسلام (Jure Bellie et pacis) عبد الباقي ص ٥١. وقد تبعه على نفس الدرب أساتذة مثل PUFENDORF (١٦٢٢م-١٦٩٤م)، THOMASIUS (١٦٥٥م-١٧٢٨م) : GHESTIN، GOVBEAUX et FABRE-MANGAN، Introduction Générale، op.cit.، No. 13 p. 12.

(١٣٨٠) أخذ على جبروتيوس إقراره للرق والاستبداد والحرب التي أطلق عليها الفتح متأثر في ذلك بما رتبه له الملك لويس الثالث عشر من معاش وبوظيفته كمستشار للملكة كريستين ملكة السويد (انظر في عرض ذلك : السنهوري وأبو ستيت رقم ٣٦ ص ٤٩ هامش رقم ٢ كيره رقم ٥٦ ص ١٠٦).

(١٣٨١) كانت المادة الأولي تنص على أنه : يوجد قانون عام لا يتغير هو مصدر كل القوانين الوضعية ، هذا القانون ليس إلا العقل من حيث أنه يحكم كل البشر (انظر ذلك السنهوري وأبو ستيت رقم ٣٧ ص ٥٣).

وجدير بالذكر في هذا المقام أيضا أن المشرع المصري لم يسلم من تأثير مذهب القانون الطبيعي فجعله وقواعد العدالة من المصادر الاحتياطية للحكم القضائي إذا لم يجد القاضي نصا في التشريع أو العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية .

٢- **تقدير المذهب** : لم يسلم مذهب القانون الطبيعي من النقد ، وكان أخطر ما وجه إليه من سهام هو الذي صوب إلى جوهره بمقولة أنه لا يوجد قانون طبيعي أزلي غير متغير . فقد لاحظ (سافيني) بحق أن القانون كائن اجتماعي يتغير بتغير الزمان والمكان وهذا لا يستقيم مع القول بأزليته وثباته !.

يضاف إلى ذلك أن أنصار مذهب القانون الطبيعي يصورون أن العقل الإنساني يستطيع أن يصل إلى وضع قواعد سرمدية عامة التطبيق ، فخلطوا بذلك بين القواعد الكلية[١٣٨٢] والقواعد التفصيلية . فما يتصور إدراك العقل له هو الكليات دون التفصيلات التي يعجز البشر عن تقنينها كلها دفعة واحدة !

ويمكن أن نقول بوجه عام أن القول بوجود حقوق طبيعية أزلية هو نوع من الخيال الذي يستند إلى أنانية مفرطة من أصحاب الحقوق في مواجهة المد الاشتراكي والازدهار المستمر لمبدأ التضامن الاجتماعي[١٣٨٣]. علاوة على انطوائه على إغفال لعنصر الواقع الذي يكون مع عنصر المثل العليا للعدل جوهر القاعدة القانونية[١٣٨٤].

كل هذا أدى بأنصار مذهب القانون الطبيعي إلى إعادة حساباتهم والبحث عن بديل متطور لفكرة القانون الطبيعي ، فظهر مذهب جديد ندرسه ضمن المذاهب المختلطة وهو مذهب القانون الطبيعي ذو الحدود المتغيرة .

(١٣٨٢) كيره رقم ٥٧ ص ١٠٨.

(١٣٨٣) أبو السعود ص ٧١٤ وتجدر الإشارة إلى ما آل إليه التيار الاشتراكي في التسعينات ، فقد أصبح منبوذاً ويتناقص عدد مؤيديه باطراد ، وهم إلى زوال .

(١٣٨٤) كيره رقم ٦٢ ص ١٢١ .

الفصل الثالث
المذاهب المختلطة

نقصد بالمذاهب المختلطة المذاهب التي تجمع بين مثالية القانون الطبيعي وواقعية القانون الوضعي ، ويمكن أن نميز بين مذهبين في هذا الشأن وهما مذهب القانون الطبيعي ذو الحدود المتغيرة ومذهب العلم والصياغة.

المبحث الأول
مذهب القانون الطبيعي ذو الحدود المتغيرة(١٣٨٥)
Doctrine du droit naturel à contenu Variable

ولد مذهب القانون الطبيعي مرة جديدة في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين على يد عدد من الفقهاء الفرنسيين هم : اوبري ، و رونو بودري لاكنتري وأيضاً العلامة ساليي (Saleilles) ، أما صياغته المتكاملة على صورته الجديدة فتنسب إلى الفقيه الألماني ستاملر (Stammler) .

ونعرض في هذا المقام لمضمون هذا المذهب لإبراز أوجه الخلاف بينه وبين المذهب الأم للقانون الطبيعي ثم نعكف على تقديره :

أولا : مضمون المذهب : يقوم هذا المذهب على فكرة مؤداها أن القانون الطبيعي المرادف للعدل ليس واحداً في كل زمان ومكان بوجه عام ، فلا يوجد غير عدد ضئيل من قواعده يخرج من ذلك التعميم(١٣٨٦)، بعبارة أخرى أن أنصار المذهب الجديد يفرقون بين القواعد الثابتة ويطلقون عليها قواعد القانون الطبيعي ،

(١٣٨٥) عرفة ص ٣٠ وعبد الباقي ص ٥٦ ويسمى أيضاً ذو المضمون المتغير (منصور رقم ٩٤ ص ١٧١).

(١٣٨٦) السنهوري وأبو ستيت رقم ٤٢ ص ٥٩ ، وعرفة ص ص٣٠ : ٣١ ، وكيره رقم ٦١ ص ١١٧، والزيات ص ٢٢ ، ومنصور رقم ٩٤ ويحيي ص ٢٤٢ ، ولم يتفق أصحاب المذهب على ما يدخل في هذه القواعد وما لا يدخل فيها (خضر رقم ١٠٠ ص ٢٢٢).

والقواعد المتغيرة التي تشكل القانون الوضعي وهي نتاج محاكاة المشرع الوضعي للقواعد الثابتة . بإيجاز يمكن القول بأن القانون الطبيعي ثابت والقانون الوضعي هو الذي يتغير باعتباره مجرد وسيلة للتعبير عن القانون الطبيعي .

ثانيا : تقدير المذهب : أخذ على المذهب الجديد أنه يفرغ المذهب الأصلي من مضمونه(١٣٨٧) فلا يوجد تشابه بينهما اللهم إلا في كون العقل الإنساني هو الكاشف عن مضمون القانون الطبيعي(١٣٨٨). فليس في الإمكان تصور وجود نموذج أو مثل أعلى مختلف لكل مشرع وضعي ينسج نصوصه على منواله ، لأن القول بذلك معناه أن تفقد فكرة القانون الطبيعي قيمتها كمقياس للعدل .

لذا حق التساؤل عن كيفية اعتبار القانون الطبيعي ثابتا ومتغيراً في آن واحد ؟ وهذا هو ما دفع دعاة القانون الوضعي إلى المناداة بالعودة إلى الصياغة القديمة لمذهبهم في ثوب جديد وهو الثوب الذي أراده له الفقيه جيني الذي سندرس نظريته الآن .

المبحث الثاني

مذهب العلم والصياغة(١٣٨٩)

صاحب هذا المذهب هو العميد فرانسوا جيني (١٣٩٠) الأستاذ بكلية حقوق نانسي الفرنسية ويطلق على مذهبه العلم والصياغة . فما هو مضمون هذا المذهب وما حظه من الصواب ونصيبه من الخطأ ؟

(١٣٨٧) وهذا ما يعبر عنه بالقول بأن هذا المذهب الجديد "لا يحتفظ من مذهب القانون الطبيعي إلا بالتسمية التي لا تعبر عما يقع تحتها من أفكاره" : جمعة ص ١٠١ .

(١٣٨٨) عبد الباقي ص ٥٨ .

(١٣٨٩) سبق أن درسنا هذا المذهب ضمن بحثنا لمذاهب التفسير وسنقصر في هذا المقام على تفصيل موقف صاحب هذا المذهب من مشكلة أصل القانون ص ٣٠٦ وما بعدها .

(١٣٩٠) نشر François GENY أفكاره في كتابين هما طريقة التفسير ومصادره في القانون الخاص الوضعي Méthodes d’ Interprétation et sources en droit privé positif سنة ١٨٩٩م والعلم والصياغة في القانون الخاص (Science Technique en droit privé) (أربعة أجزاء صدرت في الفترة ما بين ١٩١٤م : ١٩٢٤م) .

١- **مضمون المذهب** : يعد القانون وفقا لجيني مجموعة من العناصر المتداخلة (العلم) تفرغ في قالب وفقا لأصول معينة (الصياغة) . بعبارة أخرى أن الصياغة هي الوعاء الذي يفرغ فيه العلم المتضمن للمادة الأولية التي يصنع منها القانون . ونعرض الآن لمفهوم العلم والصياغة لدى جيني لندرك مضمون مذهبة إدراكا سليما :

أ- العلم (La science) [(١٣٩١)]: يرى جيني أن المادة الأولية للقانون وهي العلم تتكون من أربعة أنواع من المعطيات هي المعطيات الواقعية أو الطبيعية ، والمعطيات العقلية وأخيراً المعطيات المثالية .

١) المعطيات الواقعية أو الطبيعية (Données réelles ou naturelles) : وهي المعطيات المادية والمعنوية المكونة للبيئة إلى تنشأ فيها القواعد القانونية ، ويجب أن تؤخذ هذه البيئة في الاعتبار من المشرع باعتبارها الوسط الذي ستطبق فيه القواعد القانونية ، وتدرك هذه المعطيات عن طريق المشاهد والتجربة وتعد أساسا جوهريا لإنشاء القواعد القانونية المختلفة . مثال ذلك عقد الزواج المبني على معطيات واقعية منها أحوال طبيعية للتكوين الفسيولوجي للرجل والمرأة وأحوال أدبية كالحالة النفسية لكل من الزوجين وأحوال اجتماعية كمركز الرجل والمرأة في المجتمع وهكذا[(١٣٩٢)].

٢) المعطيات التاريخية (Données historiques) : وهي المعطيات التي نستخلصها من التاريخ عبر العصور المختلفة والتي يستفيد منها المشرع عند وضع القواعد المنظمة لمسألة معينة . فيتعلم المشرع من استقراء التاريخ أنسب الحلول القانونية للمشكلات المطروحة .وينوه جيني بوجود قواعد عامة مطبقة تستقي من التاريخ وصالحة للتطبيق في كل زمان ومكان وهو بذلك يقترب من القانون الوضعي . مثال ذلك تطور شكل الأسرة من آسرة أمية (منسوبة إلى الأم) إلى أسرة أبوية (منسوبة إلى الأب) . وكان للأب سلطة الموت والحياة على أفراد أسرته حتى انتقلنا إلى الأسرة الحديثة في تطور مستمر[(١٣٩٣)].

(١٣٩١) يشمل العلم كل معرفة منهجية سواء كانت عن طريق المشاهدة والتجربة أو عن طريق التأمل العقلي : منصور رقم ١٠٠ ص ١٨٤ .

(١٣٩٢) السنهوري وأبو ستيت رقم ٥٥ ص ٧٢ .

(١٣٩٣) السنهوري وأبو ستيت رقم ٥٦ ص ص٧٢ : ٧٣ .

٣) المعطيات العقلية (Données rationnelles) : وهي المعطيــات المعنويــة المستخلصة من الحقائق الواقعية والتاريخية بعد إعمال العقل فيها لتوجيهها الوجهة التي يراها المشرع وهي معطيات ضئيلة العدد تتمتع بوصفي العالميــة والثبــات بحكم أنها نتاج العقل ، ولا يفضل جيني تسميتها بالقانون الطبيعي رغم إنه يعطيها مضمونه اعترافاً منه بدور العقل في استخلاصها . مثال ذلك الزواج الذي يوصي العقل بتعريفه بأنه اقتران رجل بامرأة على أساس ثابت لإنشــاء أســرة مدعمــة الأركان[١٣٩٤].

٤) المعطيات المثالية (Données idéales) : وهي المعطيات المشــكلة للمثــل العليا العاطفية المغيرة التي يتوخاها الإنسان ليضمن للقواعد المستمدة من المعطيات الواقعية والتاريخية والعقلية أقصى درجات الكمال والتمام . ويضرب لذلك مــثلا بأبدية الزواج ووحدة الزوجة[١٣٩٥]. فهي أفكار تكمــل القــانون دون أن يفرضــها العقل. فلا يأبى العقل تعدد الزوجات أو الطلاق وإنما نزعة الكمال عنــد جينــي تقضي – في رأيه – الاكتفاء بزوجة واحدة وبرابطة زوجية دائمة[١٣٩٦].

نخلص من ذلك إلى أن جيني لم يغفل آراء مــن ســبقوه فــي بيــان أصــل القانون[١٣٩٧]: فأخذ من مذهب القانون الطبيعي اعترافه بوجود العقل ككاشف عــن المبادئ الأساسية الثابتة وموجه لتطور القانون ، وأخذ من المذهب التاريخي التأكيد على أهمية تطور القاعدة القانونية، أما مذهب بيرنج فقد استمد منه فكرة المثل العليا التي يتغياها القانون[١٣٩٨].

(١٣٩٤) السنهوري وأبو ستيت رقم ٥٧ ص ٧٣.
(١٣٩٥) السنهوري وأبو ستيت رقم ٥٨ ص ٧٣ وما بعدها .
(١٣٩٦) كيره رقم ٧٥ ص ١٤٧.
(١٣٩٧) مرقس رقم ١٩٧ ص ٥٥٤.
(١٣٩٨) وهذا ما عبر عنه البعض بقوله : إن هذه الحقائق قد أخذت من كل مذهب من المذاهب التي سبق عرضها بقدر ما فيها من حق ، فالحقائق الواقعية هي مــذهب التضــامن الاجتمــاعي والحقــائق التاريخية هي مذهب التطور التاريخي ، والحقائق العقلية هي مذهب القانون الطبيعي ، والحقــائق المثالية هي مذهب الغاية الاجتماعية : السنهوري وأبو ستيت رقم ٥٩ ص ٧٤ وكذلك القــاضي ص ٧٨ .

ب- الصياغة (Construit / Technique) : وهي القالب الذي توضع فيه مـــادة القانون بعناصرها الأربع السابقة ، ويميز جيني بين الصياغة الماديـــة والصـــياغة المعنوية [١٣٩٩]:

١- الصياغة المادية (matériels ...) : تتحقق بإجراءات وأشـــكال يتطلبهـــا المشرع ، فيضع الكم مكان الكيف باتخاذ رقم معين محدد كجعله سن التمييز ســـبع سنوات وسن الرشد، أو يتخذ تقسيمات محددة لكل منها أحكام خاصة بهدف عـــدم الخلط بين مقاصد المشرع بشأنها كتقسيم الحقوق إلى عينية وشخصية والعقود إلى معاوضة وتبرع ، والأهلية إلى مرحلتي انعدام التمييز والرشد الكامل.

٢- الصياغة المعنويـــة (.. Intellectuels) وتكـــون باســـتعمال مصـــطلحات وتعاريف قانونية لكل فكرة قانونية وإفراد أحكام خاصة لكل منها باستخدام الفروض والحيل القانونية (كالقول بمسئولية السيد عن خادمه وبأن الحيازة في المنقول ســـند الملكية وافتراض أن المجنون مسلوب العقل حتى في فترات الأفاقة ، وتدرج وسائل الإثبات في القوة والقياس (كقياس الملكية الذهنية على الملكية المادية والشخصـــية المعنوية على الشخصية الطبيعية) .

ونلاحظ أن الصياغة رغم أن دراستها لا تبدو داخلة في دراستنا لأصل القانون إلا أن جيني أضفي عليها أهمية معادلة لأهمية العلم وجعل الغلبة للعلم إذا تنازعت الصياغة معه ، فيقول : «ومهما يكن من شئ فإن للفن في القانون مركزا لا يقـــل أهمية عن العلم ذلك بأن العلم لا يمكن أن يأتي لنا إلا باتجاهات غامضـــة ينبغـــي تحديدها عن طريق الفن ، على أن الصيغة نفسها تعجز أحياناً عن الإحاطة تمامـــاً بالمادة التي يراد صوغها فهي تصبح كالوعاء الخالي ، وهنا لا يمكن أن يقـــال أن الفنية قد حققت ما يرجي منها» .[١٤٠٠]

٢- تقدير المذهب : جمع هذا المذهب كل ما هو حق في المذاهب الأخرى وإن كان هذا لم يعصمه من الزلل فأخذت عليه الأمور الآتية :

(١٣٩٩) مرقس رقم ١٩٦ هامش رقم ٣٣ ص ص٥٥٣ : ٥٥٤ ، والقاضي ص ص٧٤ : ٧٨.
(١٤٠٠) انظر في بيان ذلك القاضي ص ٧٨.

(أ) مذهب تجميعي ، فهو مجرد تجميع لما هو موجود في باقي المذاهب. وتجدر الإشارة إلى أن جيني نفسه لم يدع لنفسه الابتكار بل اعترف بأن عمله كان من قبيل التجميع وليس عملاً إنشائياً .

(ب) مذهب يفتقر إلى المعيار المنضبط ، فإذا كان جيني يميز بين عدد من المعطيات فما هو المعيار الضابط لهذه التفرقة : فالحقائق المثالية يمكن أن تعتبر حقائق عقلية والحقائق التاريخية يمكن أن تعد حقائق واقعية في زمن مضى(١٤٠١).

(جـ) مذهب يغفل السياسة القانونية ، فهذا الأخير يُعد شقاً مستقلاً في تكوين القانون ومجرد عنصر من عناصر العلم وهو المعطيات المثالية ، فالحق أن السياسة القانونية – وهي فن اختيار الحكم الملائم للمعطيات العلمية الواقعية والطبيعية والتاريخية – هي التي تحكم عملية الصياغة . فصياغة القانون ليست صياغة لعوامل آلية التفاعل بل هي نتاج جهد عقلي وإبداعي من جانب الإنسان تال لعملية تفاعل المعطيات العلمية(١٤٠٢).

لذا قيل بحق أن نظرية جيني كانت ستقترب من الاتساق لو أدخل العامل المثالي ضمن الصياغة الفنية دون العلم بالقانون(١٤٠٣).

(و) مذهب ناقص(١٤٠٤): يغفل جيني عنصر هام وهو كون القانون واجب الطاعة وغير جائز تعديله أو إلغاؤه إلا وفقا لقواعد محددة ولو خالف كل أو بعض المعطيات التي قال بها جيني . فلا يمكن أن نخول للأفراد الحق في الخروج على أحكام القانون في هذه الحالة ولو شاعت الفوضى !

فإذا كان هذا هو شأن المذاهب الوضعية القانونية والوضعية الاجتماعية والمختلطة فما هو الرأي المختار في بيان أصل القانون ؟

(١٤٠١) القاضي ص ٧٨.

(١٤٠٢) وهو ما يفضله مرقس ١٩٧ مكرراً ص ٥٥٩ بقوله : "إن العلم يكشف لنا عن الحقائق الطبيعية والتاريخية التي تدخل في تكوين العلاقة القانونية المراد تنظيمها أو التي تحيط بهذه العلاقة ، ويكون ذلك وفقاً لقانون السببية ثم يتدخل عقل الإنسان وتصوره للمثل الأعلى فيعينا التنظيم القانوني لهذه العلاقة لقانون الغاية ، أي أن مهمة العقل في هذه المرحلة الأخيرة لا تكون مهمة عملية كشفية ، بل تكون مهمة اختيار ومواءمة أقرب إلى السياسة والفن منها إلى العلم والاستقرار".

(١٤٠٣) القاضي ص ٧٨.

(١٤٠٤) خضر رقم ١٠٨ ص ١٣١.

الرأي عندنا هو الانضمام إلى رأي العلامة جيني بمعطياته الأربعة مع ملاحظة أن هذه المعطيات جميعا متغيرة فهي ليست ثابتة ثبوت قواعد القانون الطبيعي .

وقد يكون من الملائم إضافة "عنصر آخر" لمذهب جيني وهو "الإلــزام"(١٤٠٥)، فأية قاعدة قانونية مرهون تنفيذها بوجود عنصر الإلزام بين طياتها. يستوي في ذلك أن يكون هذا الإلزام صادراً من الشعب مباشرة ، كما هو الحال بالنسبة للعرف، أو من النواب المنتخبين من الشعب لهذا الغرض(١٤٠٦). وبديهي أن الشعب ونوابه لهم سلطة مراقبة احترام المعطيات المكونة للقاعدة القانونية ابتغاء للخير العام للجماعة ومصلحتها العامة(١٤٠٧)، فإذا خرج المشرع عن ذلك كان لأفراد الشعب الطعن فـي دستورية هذه القاعدة إذا كانت المعطيات السابقة واردة في الدستور ، أما إذا لـم تكن كذلك فإن أمامهم سبيل تعديل الدستور وإجبار السلطة العامـة علـى احتـرام رغبتهم طواعية أو كرها إن لزم الأمر(١٤٠٨) .

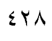
تم بحمد الله تعالى وتوفيقه

(١٤٠٥) وهذا هو الرأس السائد في مصر : انظر على سبيل المثال : الشـرقاوي رقـم ٣٩ مكـرر ص ص١٠٠ : ١٠٢ ، وكيره رقم ٦٢ ص ١٢١ ، والوكيـل رقـم ١٧٩ ص ٢٩١ ورقـم ١٨٣ ص ص٢٩٥ : ٢٩٨ وجمعة ص ١٥٠.

(١٤٠٦) انظر في التنويه بأهمية هذه المعطيات ودورها في إعداد وتطوير القانون : الإهواني رقـم ٦١ ص ٥٣ وما بعدهما وإن كان سيادته يقسمها إلى عوامل واقعية تضم الإنسان والطبيعة الإنسـانية والوسط المادي والاجتماعي وعوامل مثالية (يكاد يستحيل على المشرع التأثير فيها) تشمل المثـل الخلقية والدينية والاقتصادية والاجتماعية .

(١٤٠٧) تناغو رقم ٢٢ ص ٣٧ ورقم ٧٤ ص ٢٢٩ وإن كان سيادته يسند القانون إلـى فكـرة العـدل المصنوع الذي لا يختلط بالعدل في ذاته ويري سيادته في إخضاع إرادة الإنسان للعـدل والعقـل طريقاً وحيداً إلى حريتها الحقيقية .

(١٤٠٨) على أية حال سيظل الخلاف بشأن ما يجب أن يكون عليه القانون قائماً ما بقي الخـلاف بـين الفلاسفة بشأن المشكلات الفلسفية الكبرى في الوجود والمعرفة والقيم : منصـور رقـم ١٠٨ ص ١٩٤ .



للمؤلف

أولاً : الكتب :

كتب اللغة العربية :

١. حق الأداء العلني للمصنفات الموسيقية، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي واتفاقيتي برن وجنيف الدوليتين (صيغتا باريس سنة ١٩٧١)، الهيئة المصرية العامة للكتاب /القاهرة ١٩٨٧

٢. الحماية القانونية لبرامج الحاسب الإلكتروني ، دار الثقافة للطباعة والنشر بالفجالة / القاهرة ،عام ١٩٨٧ (حصل المؤلف على جائزة الدولة التشجيعية في القانون المدني وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية وفلسفة القانون عن هذا الكتاب).

٣. الوجيز في النظرية العامة للحق، دار الثقافة للطباعة والنشر بالفجالة، عام ١٩٨٧.

٤. الحجية القانونية للمصغرات الفيلمية في إثبات المواد المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع بالفجالة / القاهرة عام ١٩٨٧ ٠

٥. الأحكام العامة لعقد التأمين، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، القاهرة : الطبعة الأولى عام ١٩٨٨ والطبعة الثانية عام ١٩٩٠ والطبعة الثالثة عام ٢٠٠١ ٠

٦. الأحكام العامة لعقد الإيجار، محاضرات على الآلة الكاتبة ألقيت إلى طلاب السنة الثالثة بكلية حقوق بني سويف عامي ١٩٨٨-١٩٨٩-١٩٨٩-١٩٩٠ ٠

٧. الأحكام العامة لعقد البيع ، محاضرات على الآلة الكاتبة ألقيت إلى طلاب السنة الثالثة بكلية حقوق بني سويف عام ١٩٨٩- ١٩٩٠ ٠

٨. المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، الكتاب الأول : نظرية القانون: الطبعة الأولى عام ١٩٩٠، الطبعة الثانية عام ١٩٩٨ والطبعة الثالثة عام ٢٠٠٠ ٠

٩. المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء ، نظرية الحق القاهرة : الطبعة الأولى عام ١٩٩٠، والطبعة الثانية عام ١٩٩٢، والطبعة الثالثة عام ١٩٩٣، و الطبعة الرابعة عام ١٩٩٤، والطبعة الخامسة عام ١٩٩٥ والطبعة السادسة عام ١٩٩٨.

١٠. تأثير اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس) على تشريعات البلدان العربية الطبعة الأولى عام ١٩٩٧ و الطبعة الثانية عام ١٩٩٩ والطبعة الثالثة عام ٢٠٠١ ٠

١١. المفهوم القانونى للبيئة ، القاهرة عام ٢٠٠١ ٠

١٢. الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية ، القاهرة ٢٠٠٢ ٠

١٣. أحكام عقدي البيع و الإيجار ، القاهرة (تحت الطبع) ٠

كتب باللغة الفرنسية:

---

1. **L'exécution publique des œuvres musicales ,étude comparée entre les lois françaises et égyptiennes et les conventions internationales de Berne et de Génève (Versions de Paris, 1971) ; Thèse de doctorat d'Etat présentée et soutenue à la faculté du droit de l'Université de Paris XI (Sceaux) en 1983.**
2. **Un aperçu de la protection de droits d'auteur en Egypte, Le Caire 1984, (cours pour les étudiants de la 4ème année de la faculté de doit de Bani-suéf de l'Université du Caire).**
3. **Les droits réels principaux,le Caire 1985 (Cours pour les étudiants de la 4ème année de la faculté de droit de Bani-suéf de l'Université du Caire).**
4. **Surêtés reéls ou droits réeles ou droits réeles accessoires, Le Caire 1986 (Cours pour les étudiants de la 4ème année de la faculté de droit de Bani-suéf de l'Université du Caire).**
5. **Introduction au droits,Le Caire 1996.**
6. **Terminologie du droit Civil, Le Caire 1996.**

ثانياً: المقالات:

(١) مقالات باللغة العربية:

١- حق الأداء العلني للمصنفات الموسيقية ، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي واتفاقيتي برن وجنيف لحق المؤلف ، مجلة مصر المعاصرة التي تصدرها الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع بالقاهرة، السنة السادسة والسبعون، العدد ٤٠١، يوليو عام ١٩٨٥، ص ١٥٥ :١٧٠.

٢- في تحديد المسئول عن دفع حقوق الأداء العلني للأفلام السينمائية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية حقوق بني سويف، السنة الأولى، العدد الأول – يناير/كانون ثان عام ١٩٨٦، ص ١٦٩ :١٩١ .

٣ـــ المبادئ الأولية لحق المؤلف (حماية حق المؤلف في مصر)، رسالة المعلومات التي تصدر عن مركز المعلومات والتوثيق بالهيئة المصرية العامة للكتاب بالقاهرة، العدد السادس يوليو عام ١٩٨٦، ص ٣٧: ٤٩ .

٤ـــ تشريع حق المؤلف بين الواقع والقانون، مجلة عالم الكتاب التي تصدر عن الهيئة المصرية العامة للكتاب بالقاهرة العدد الحادي عشر (يوليه/تموز– أغسطس/آب– سبتمبر/أيلول) عام١٩٨٦ ص ٩:٨ والعدد الثاني عشر (أكتوبر/تشرين أول– نوفمبر/تشرين ثان– ديسمبر/كانون أول) عام ١٩٨٦ ص ص ٢٠ :٢١•بنوك المعلومات وحقوق المؤلف، مجلة المكتبات والمعلومات العربية التي تصدر عن دار المريخ بالمملكة العربية السعودية، السنة السادسة، العدد الثالث، يوليو عام ١٩٨٦ (ذو القعدة عام ١٤٠٦هـ) ص ص ٤٩:٥ ، وأعيد نشر هذا المقال منقحاً في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية التي إلى تصدرها كلية حقوق بنى سويف، السنة الثانية، العدد الأول، يناير/كانون ثان عام ١٩٨٧ ص ص ٢٧٧ : ٣٢٤.

٦ـــ الفيديو جرام و الفونوجرام وحق المؤلف، مجلة مصر المعاصرة التي تصدرها الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع بالقاهرة، السنة السابعة و السبعون ، العدد ٤٠٥، يوليو عام ١٩٨٦ ص ص ١١٣: ١٣٣ ثم نشرت منقحة في مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية التي تصدرها كلية حقوق بنى سويف السنة الثانية ، العدد الثاني يوليو عام ١٩٨٧ ص ص١١٩ : ١٤٦ ثم نشرت مرة ثالثة مع بعض التنقيح في مجلة المحاماة ، السنة ٦٨، العددان الخامس والسادس، مايو/أيار– يونيو/حزيران عام ١٩٨٨، ص ص ١٢٠ : ١٣٩ .

٧ـ مفهوم الطفل وفتوى مجلس الدولة، مجلة القضاة التي يصدرها نادى القضاة بالقاهرة، السنة الثالثة، العددان الثالث والرابع ، مارس/آذار – أبريل/نيسان عام ١٩٨٨، ص ص ٣: ١٤ ثم نشرت منقحة في مجلة مصر المعاصرة التي تصدرها الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع بالقاهرة، السنة الثمانون، العددان ٤١٥– ٤١٦، يناير/كانون ثان – أبريل/نيسان عام ١٩٨٩، ص ٣٦١ – ٣٨٦ .

٨ـ الحماية القانونية لبرامج الحاسب الإلكتروني، مجلة نظم المعلومات التي تصدرها الجمعية العربية لنظم المعلومات والميكروفليم / مصر، العدد الثاني عام ١٩٨٩ ص ص ٢٩ : ٤٦ .

٩ـ المفهوم الحديث للمحرر، مجلة مصر المعاصرة التي تصدرها الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع بالقاهرة ، السنة الثمانون، يوليه/تمور وأكتوبر/تشرين أول ١٩٨٩ ، العددان ٤١٧ و ٤١٨ ص ص ٢٥٧ : ٢٧٦.

١٠ـ بند التعويض عن الانتهاء المبتسر لعقد العمل لمدة دنيا – بند البانتوفلاج – في مجال نظم المعلومات ، مجلة نظم المعلومات التي تصدرها الجمعية العربية لنظم المعلومات والميكروفيلم / مصر ، العدد الثالث عام ١٩٩٠ ص ص ٣: ٥١ و قد نشر هذا البحث في كتاب منفصل في نفس العام .

١١ـ البث الإذاعي عبر التوابع الصناعية و حقوق المؤلف ، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي واتفاقيتي برن وجنيف الدوليتين لحق المؤلف، بحث قدم إلى المؤتمر الدولي لنظم المعلومات الذي نظمته الجمعية العربية لنظم المعلومات والميكروفيلم بالقاهرة (فندق ميريديان القاهرة / ٤ :٧ سبتمبر/أيلول ١٩٩٠) (تحت الطبع).

١٢ـ مدى حق متلقي الامتياز التجاري في التعويض عن عدم تجديد عقده، المجلة الفصلية مجلة مصر المعاصرة / الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع / القاهرة السنة ٨١، يوليو – أكتوبر/تشرين أول، العددان ٤٢١و ٤٢٢ عام ١٩٩٠ ص ص ٦٤٣ : ٣٦٢ ونشر منقحًا مرة أخرى بعنوان مدى أحقية متلقي الامتياز التجاري عن عدم تجديد عقده، المحاماة، العددان السابع والثامن – سبتمبر/أيلول – أكتوبر/تشرين أول سنة ١٩٩١ ص ص ١٠٠ : ١٢٠ .

١٣ـ استخدام وسائل الاتصالات الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها في القانون الوضعي المصري والفرنسي : بحث قدم إلى المؤتمر الدولي لكلية

حقوق القاهرة ومعهد قانون الإعمال الدولي وعنوانه " النظم التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية " (كلية حقوق القاهرة ٢– ٣ من يناير/كانون سنة ١٩٩٣(نسختان من البحث عربية و فرنسية)، ٢٢ صفحة، و نشر البحث في كتاب منفصل عام ١٩٩٤.

١٤ــ ألف ليلة و ليلة : رؤية قانونية ، مجلة فصول القاهرة، المجلد الثالث عشر، العدد الأول، ربيع عام ١٩٩٤ ص ص ٢٨١ : ٢٨٨ .

١٥ــ عقود الإيجار في مجال الإعلان : دراسة لأحكام القضاء في ضوء آراء الفقهاء ، الأحكام (شركة الخدمات التعليمية ، مصر) ، المجلد الأول عام ١٩٩٥ ص ص ٣١: ٥٠

١٦ــ الغش في التصرفات العقارية : تعليق على حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٢٢ لسنة ١٢ قضائية دستورية الصادر في أول يناير/كانون ثان سنة ١٩٩٤، والأحكام (شركة الخدمات التعليمية / مصر) المجلد الثاني عام ١٩٩٥ ص ص ٥ : ٢٨ وسبق نشره في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية بكلية حقوق بنى سويف ، عدد يناير /كانون ثان ويوليه/تموز عام ١٩٩٤ ص ص ٤٨٢ : ٥١٠ .

١٧ــ التكييف القانوني للشيك المصرفي : تعليق على حكم محكمة استئناف القاهرة / الدائرة ٣١مدنى الصادر في ١٦ من نوفمبر/تشرين ثان سنة ١٩٩٤ في الدعوى رقم ١٨١٩٦لسنة ١٩٩١ مدني كلى جنوب القاهرة ومقيدة بالجدول العمومي للاستئناف تحت رقم ٤٠٧٦ لسنة ١١١ قضائية، الأحكام (شركة الخدمات التعليمية / مصر)، المجلد الثالث عام ١٩٩٥ ص ص ١٣: ٣٠

١٨ــ تعليقات موجزة باتفاقيات دورة أوروجواي التي انضمت إليها مصر في مجال تجارة السلع والخدمات، واتفاقيتا إنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية وتفادى الازدواج الضريبي على جعائل حقوق المؤلفين ، و حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٩ من يونيو/حزيران سنة (١٩٩٣ المنشور بالجريدة الرسمية ، العدد ٢٧ تابع في ٨ من يوليو سنة ١٩٩٣ (ص ص٣٣ : ٤٠) و حكم محكمة النقض (الدائرة المدنية والتجارية على الصادر في ٦ من يناير/كانون ثان سنة ١٩٩٢ في الطعن رقم ١٤٦٢ السنة ٥٤ قضائية، وقرار النيابة العامة/ الدقي في الجنحة رقم ٨٠٤٧ لسنة ١٩٩٥ بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجنائية لعدم الجناية ومشروع قانون بتنظيم إجراءات دعاوى التفريق بين الأزواج (دعاوى الحسبة)، الأحكام (شركة الخدمات التعليمية / مصر)، المجلد الثالث عام ١٩٩٥ ، ص ص

١٢٠: ١٣١ .

١٩ــ تعليقات موجزة : قانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعوى الحسبة في مسائل الأحوال الشخصية و قرار رئيس الوزراء رقم ٦٤ لسنة ١٩٩٦ بتشكيل للفصل في شكاوى المستثمرين و قرار رئيس الوزراء رقم ٣١٤ لسنة ١٩٩٦ بإنشاء مكاتب خدمة المستثمرين بالمحافظات ، الأحكام (شركة الخدمات التعليمية / مصر) ، المجلد الرابع عام ١٩٩٦ ص ص ١٠٥ : ١٠٩

٢٠ــ تعليقات موجزة : قضاء حجية النسخة الكربونية في الإثبات و قرار وزير السياحة رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٦ في شأن شروط، و ضوابط نظام اقتسام الوقت في المنشآت الفندقية، الأحكام (شركة الخدمات التعليمية / مصر)، المجلد الخامس عام ١٩٩٦ ص ص ١٢٧ : ١٣١

٢١ــ الإطار القانوني لتداول المعلومات، الأحكام (شركة الخدمات التعليمية / مصر)، المجلد السادس عام ١٩٩٦ ص ص ١٠٣ : ١٣٤.

٢٢ــ الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا : تأملات في الواقع والمستقبل ، الأحكام (شركة الخدمات التعليمية / مصر)، المجلد السابع عام ١٩٩٧ ص ص ٤٩ : ٨٥، مستقبل صناعة الدواء في مصر في إطار اتفاقية تريبس (رؤية قانونية)، الأحكام (شركة الخدمات التعليمية/مصر)، المجلد السابع عام ١٩٩٧ ص ص ١٣٩ – ١٤٧.

٢٣ــ مشكلة الحاسبات عام ٢٠٠٠ : خواطر وتأملات، الأحكام (شركة الخدمات التعليمية / مصر)، المجلد الثامن عام ١٩٩٧ ص ص ١٢٩ : ١٣٥.

٢٤ــ حجية مخرجات الحاسب في الإثبات، الأحكام (شركة الخدمات التعليمية / مصر)، المجلد الثامن عام ١٩٩٧، عام ١٩٩٧ ص ص ١٣٧: ١٣٩ .

٢٥ــ سلوكيات المحكم بين قواعد الأخلاق و قواعد القانون، الأحكام (شركة الخدمات التعليمية / مصر)، المجلد التاسع عام ١٩٩٨، ص ص ٨٥ : ٩٣

٢٦ــ العقد الإداري في النظم اللاتينية والعقد الحكومي في النظم الأنجلوأمريكية، الأحكام (شركة الخدمات التعليمية / مصر)، المجلد التاسع عام ١٩٩٨، ص ص ١٤٥ :١٥٠

٢٧ــ مشروع قانون العمل : ورقة عمل ، الأحكام (شركة الخدمات التعليمية / مصر)، المجلد التاسع عام ١٩٩٨ ، ص ص ١٥١ : ١٥٧

٢٨ـ الرقابة القضائية على صحة التشريعات، والأحكام (شركة الخدمات التعليمية / مصر)، المجلد العاشر عام ١٩٩٨ ص ص ١٩ : ٤٩

٢٩ـ نظام تسوية المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية : محاولة دراسة نقدية تاريخية لاتفاق التفاهم بشأن القواعد و الإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات : نظام الفرق – قاعدة التوافق – الجزاءات – الوضع الخاص بالدول النامية و الأقل نموا ، و الأحكام (شركة الخدمات التعليمية / مصر)، المجلد العاشر عام ١٩٩٨، ص ص ١٢٢ : ١٤٥ ونشرت أيضاً في مجلة التحكيم العربي / الأمانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم الدولي، العدد الثالث (أكتوبر/تشرين أول عام ٢٠٠٠) ص ص ١٠٢ : ١١٢.

٣٠ـ التمثيل النسبي للنساء بنظام الحصص في المجالس النيابية، القاهرة عام ٢٠٠٠ (تحت الطبع).

(٢) مقالات وتعليقات باللغة الفرنسية :

(1) Note sur l’arrêt de la cour de cassation égyptienne (chambre civile et commerciale) du 14 Avril 1986; Revue Internationale du Droit d'Auteur: RIDA / France no. 131,Janvier 1987 pp. 222 : 224.

(2) L'enseignement du droit d'auteur en Egypte, Bulletin du Droit d'Auteur de I'Unesco- Paris / France Volume XXI, No. 2, 1987 pp 25:30.

(3) Reflexions sur la protection juridique du logiciel. Bulletin du Droit d'Auteur de I'Unesco, Volume XXI, No. 4, 1989 pp 10:22.

وقد نشر هذا المقال باللغتين الإنجليزية والإسبانية في نفس المجلة ونفس العدد كما نشر باللغة البرتغالية مختصراً في المجلة البرتغالية :

Estudios Juridicos Vol.20, No. 49, Maio/Agosto 1987, pp.47:52.

وقد نشر هذا المقال باللغتين الإنجليزية و الأسبانية في نفس المجلة و نفس العدد .

(٣) مقالات وتعليقات باللغة الإنجليزية :

1. Patent Law & practice, Trademark Law &. practice and copyright law practice in Egypt, Digest of Intellectual Property Laws of the

1.Legal Validity of microfilm as an evidence in Arab/Laws with special reference to Egyptian law, proceedings of symposium on Chinese - arabian information and micro-graphic management Taipei/Taiwan (September, 25-27, 1991)PP. 160:164.

2. World, Oceana Publications, INC. New York-London-Rome, 1993,23 P.

3. Reform of Egypt's/copyright Law and copyright's Future in the arab world. World Intellectual property Report (Published by the Bureau of National Affairs, Inc., U.S.A)/vol. 7, PP, 44:45.

4. The Pharmaceutical Industry's Roadmap for Compliance with the TRIPs Agreement, (The Magazine of the German-Arab Chamber of Industry and Commerce) March / April, 2002, pp. 54:55.

ثالثا : دراسات مترجمة إلى اللغة العربية من أصل بلغة أجنبية

(١) أصل باللغة الفرنسية :

ترجم المؤلف كتابًا من اللغة الفرنسية إلى اللغة العربية لحساب منظمة اليونسكو، عنوانه :

Clés pour une stratégie nouvelle du développement : UNESCO,Paris/Les Editions Ouvriés,1984.

و قد نشرت الترجمة العربية تحت عنوان : "مفاتيح استراتيجية جديدة للتنمية"، الشعبة القومية لليونسكو / القاهرة ،عام ١٩٨٨ . و قد وضع الأصل الفرنسي الأساتذة: أنور عبد الملك، وهناه كاو ترى، و برنار روزبيه، ولى تانه كهوى .

(٢) أصل باللغة الإنجليزية :

١. شارك المؤلف مع آخرين في وضع الترجمة العربية لعقد الفيديك لمقاولات الأعمال المدنية نقلا عن الأصل الإنجليزي الصادر من الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين(: Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils (FIDIC / Suisse) و قد صدرت ترجمة الجزء الأول (الشروط العامة) عن مكتب الشلقاني للاستشارات القانونية و المحاماة بالقاهرة سنة ١٩٩٢، و صدرت عن

نفس المكتب ترجمة الجزء الثاني (الشروط الخاصة) سنة ١٩٩٤ .

٢. ترجم المؤلف كتابا إلى اللغة العربية لحساب منظمة اليونيسيف تحت عنوان : "الوضع الاجتماعي للمرأة في مصر" (تحت الطبع).

٣. ترجم المؤلف كتابا إلى اللغة العربية لحساب منظمة اليونيسيف تحت عنوان : "مدرسة المجتمع" (Community School) عام ١٩٩٤

٤. ترجم المؤلف كتابا إلى اللغة العربية لحساب منظمة اليونيسيف تحت عنوان: "المصلحة الفضلي للطفل" (The Best Interest for the Child) عام ١٩٩٤

٥. ترجم المؤلف كتابا إلى اللغة العربية لحساب منظمة اليونيسيف تحت عنوان: "تطبيق اتفاقية حقوق الطفل في مصر"(Implication of Child convention in Egypt) ، عام ١٩٩٤.

٦. حقوق المؤلف من جوتبرج إلى الفونوجراف الفضائي، جمعية نشر المعرفة / القاهرة عام ١٩٩٩.

٧. برامج الحاسبات والملكية الفكرية، جمعية نشر المعرفة / القاهرة عام ٢٠٠٠.

٨. مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد توحيد القانون المقارن / روما (يونيدروا UNIDROIT)، مكتب الشلقانى للاستشارات القانونية والمحاماة عام ٢٠٠٠.

٩. راجع المؤلف الترجمة العربية لعقد اتحاد المهندسين الاستشاريين (FIDIC) لمقاولات عمليات التشييد بتصميم أعده رب العمل.

فهرست الكتاب

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة